

Italy

RACCOLTA

DI

OPERE UTILI

DISPENSA

39

Legislazione

STORIA
DEL DIRITTO DI ROMA

SINO AI TEMPI

DI GIUSTINIANO

PER

FERDINANDO WALTER

Volgarizzata

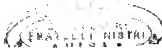
dall'Avv. EMMANUELE BOLLATI.

Vol. Secondo

TORINO

CUGINI POMBA E COMP. EDITORI

1852.



OPERE UTILI
AD OGNI PERSONA EDUCATA
RACCOLTE
col consiglio
D'UOMINI PERITI IN CIASCUNA SCIENZA

Legislazione

STORIA
DEL DIRITTO DI ROMA
SINO AI TEMPI
DI GIUSTINIANO

PER

FERDINANDO WALTER

Volgarizzata
dall'Avv. EMMANUELE BOLLATI

VOL. II.

TORINO
CUGINI POMBA E C. EDITORI
1851.

Tipografia Sociale degli Artisti A. Pons e C.

STORIA
del Diritto di Roma

SINO AI TEMPI DI GIUSTINIANO

PER

FERDINANDO WALTER

Volgarizzata

sulla seconda edizione tedesca

DALL'AVV. EMMANUELE BOLLATI

VOL. II.°



GIUSTINIANO

TORINO
Cugini Pomba e Comp.
1851



PARTE SECONDA

FONTI E SCIENZA DEL DIRITTO.
DIRITTO PRIVATO. — PROCESSURA.
DIRITTO PENALE.

INDICE

=

(*I numeri si riferiscono ai paragrafi*)

=

LIBRO SECONDO.

FONTI E SCIENZA DEL DIRITTO.

LIBRO TERZO.

—

DIRITTO PRIVATO.

LIBRO QUARTO.

PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO.

LIBRO QUINTO.

DELITTI E PENE.



LIBRO SECONDO.

FONTI E SCIENZA DEL DIRITTO.

CAPITOLO I.

FONTI PRIMITIVI DEL DIRITTO.

402. Le leggi fondamentali della costituzione primitiva e della ragion civile erano, come presso gl'Israeliti, scritte nei libri sacri e connesse al diritto divino [1]. In questi libri stavano pure le leggi ed i decreti che la tradizione assegnava ai re primitivi [2]. Molte cose però, specialmente nella costituzione domestica, si fondavano sul diritto non scritto e su costumi di famiglia, la cui origine si perde nell'oscurità dei primi tempi italici [3]. Quando nuove leggi parevano necessarie, si decretavano ne'comizi delle curie sulla proposizione del re e del senato [4], si affiggevano a tavole di quercia [5], e si trascrivevano nei libri de'Pontefici, o ne'commentarii de're [6]. Su questi fonti il pontefice Papirio compilava ne' primordii della

(1) Festus *v. Rituales*, Cic. *de re publ.* ii. 31; Dionys. x. 1.
(2) Come le leggi di Numa, Dionys. iii. 36; Liv. i. 32.
(3) Dionys. ii. 24. 27. 74.
(4) Come le cinquanta leggi di Servio, Dionys. iv. 13.
(5) Dionys. iii. 36. iv. 43.
(6) Liv. i. 60; Festus *v. Procum*, *pro censu*, ricordano i commentarii di Servio.

repubblica una raccolta delle leggi regie [7], che ai tempi di Giulio Cesare veniva ancora commentata da Granio Flacco [8]. Questo commentario si conservò, e da esso vennero indubitatamente estratti i frammenti di leggi regie, che noi troviamo negli scrittori romani [9].

403. Non è credibile che la cacciata dei re abbia pur tratto seco l'abolizione delle lor leggi [10]; ma bene è da presumere, che nel crescente affetto di libertà ed in cospetto de' patrizi, nelle cui mani stava esclusivamente l'ufficio di giudice, i plebei sentissero vivamente il difetto e l'incertezza della vigente costituzione giuridica [11]. Le lor querele fatte vieppiù stringenti necessitarono le leggi dei decemviri [12], le quali presero ad eguagliare i due ceti nella costituzione, ed

(7) Fr. 2. § 2. 26. D. *de orig. iur.* (1. 2), DIONYS. III. 36. A questa raccolta ed alle leggi ivi contenute di Numa accenna pure CIC. *de re publ.* II. 14. v. 2. Più tardi se ne fece una *lex Papiria*, SERVIUS *ad Æn.* XII. 836.

(8) Fr. 144. D. *de verb. sign.* (50. 16). Di questo commento se ne ha uno squarcio in MACROB. *Saturn.* III. 11. Dello stesso Granio Flacco è menzionato un libro *de indigitamentis*, CENSORIN. *de die natal.* — *Indigitamenta* erano libri pontificali che contenevano il catalogo delle divinità e la spiegazione dei loro nomi, SERVIUS *ad Georg.* I. 21. Siccome anche nella raccolta di Papirio secondo le testimonianze di Dionisio, di Servio e del frammento riportato da Macrobio si trovano molte cose intorno al ceremoniale sacro, si è perciò tenuto il commentario di Flacco e il libro suo *de indigitamentis* per una stessa opera, la qual credenza però non ha fondamento sufficiente.

(9) Questi frammenti sono stati raccolti spesse volte. Il miglior lavoro in proposito è di Dirksen nelle sue *Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts*, Leipzig 1823. 8.

(10) Così reca il fr. 2. § 3. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(11) Uno stato analogo v'era nel medio evo, e provocò la compilazione dello *Specchio giuridico*. — L'autore parla della Germania. — Nota del trad.

(12) Vedi su ciò il § 46.

a sceverare nel diritto civile e sacro ciò che a quella comunemente si riferiva. La notizia che s'inviasse prima un'ambasceria in Atene e in altri Stati greci onde improntare e riscontrar costituzioni e leggi straniere [13], non ripugna allo spirito dell'antichità; ed a questo proposito vien pure fatta onorevolissima menzione della cooperazione di Ermodoro d'Efeso [14], esule in Roma [15]. Ma nel por mano all'opera la forza ingenita degli elementi nazionali inceppò i legislatori, e li costrinse, quand'anche avessero altrimenti voluto, a pigliar per base, non istituti stranieri, ma ordini proprii e tradizionali [16]. Che se più tardi, quando generalmente prevalevano le greche foggie, gli scrittori romani assegnarono alle leggi greche, e soprattutto a quelle di Solone, una larga parte nella legislazione decemvirale [17], ed altri presi da falsa ammirazione ravvisarono in questa il più sapiente e perfetto lavoro della mente umana [18], ciò però non dee far gabbo a noi che possiamo contemplar

(13) Dionys. x. 51. 52. 54. 55. 56; Liv. iii. 31. 32. 33; Gell. xx. 1; Tacit. *ann.* iii. 27.

(14) È lo stesso di cui parla Cic. *Tuscul.* v. 36.

(15) Strabo xiv. 1. § 25. p. 642. Casaub., Plinius *hist. nat.* xxxiv. 11 (5), fr. 2. § 4. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(16) Questo punto è distesamente trattato in Lelièvre *Commentatio antiquaria de legum* xii. *tabularum patria. Lovanii* 1827. 4. Talune disposizioni di facile imitazione, quali ne occorrono dappertutto, specialmente nel diritto penale e di polizia, possono, il concediamo, essere state tolte dal diritto greco, Cic. *de legib.* ii. 23. 25; Dionys. x. 57, fr. 13. D. *de fin. regund.* (10. 1), fr. 4. D. *de colleg.* (47. 22). Ma che le leggi delle dodici tavole fossero diversissime dal diritto greco, lo attesta formalmente Dionys. xi. 44.

(17) Plinius *epist.* viii. 24; Aurel. Vict. *de vir. illustr.* 21; Amm. Marc. xxii. 16, Augustin *de civit. dei* ii. 16, § 10. J. *de iure natur.* (1. 2), Isidor. *orig.* v. 1.

(18) Cic. *de orat.* i. 44 (42), Tacit. *ann.* iii. 27.

quei rapporti nella vera lor luce. Le nuove leggi furono nella consueta forma affisse (A. 303) pubblicamente su dieci tavole [19], e completate con due altre nell'anno seguente [20]. Dopo la distruzione di Roma per mano dei Galli si rinvennero [21], e fino a tarda età rimasero il perno della ragion civile [22]. Nel secolo settimo si facevano ancora apprendere per le scuole a memoria dai fanciulli [23], e quando la lingua e il senso loro divennero un mistero per l'intelligenza volgare [24], la memoria n'era tuttavia serbata dai commentarii de' legisti [25]. Contuttociò a noi non ne giunsero che scarsi frammenti [26].

404. La nuova legislazione non tolse però il male che a mezzo. Una parte del diritto si rese stabile e notoria; ma tutto che poggiava sul diritto sacro e la stessa cognizione sì rilevante dei giorni fasti e nefasti, l'uso delle varie formole ed azioni, in cui consisteva il procedimento giudiziario, e la cui letterale osservanza era indispensabile [27], e brevemente tutta la giurisprudenza contemporanea, siccome nata fra' patrizi e fatta in mano loro tradizionale, rimase

(19) Dionys. x. 57; Liv. iii. 34. 57, fr. 2. § 4. D. *de orig. iur.* (1. 2).
(20) Dionys. x. 60; Liv. iii. 34. 37.
(21) Liv. vi. 1.
(22) Liv. iii. 34; Diodor. xii. 26.
(23) Cic. *de legib.* ii. 4. 23.
(24) Gellius xvi. 10. xx. 1.
(25) Codesti interpreti antichi furono i due Elii ed Atilio, Cic. *de legib.* ii. 23, fr. 2. § 38. D. *de orig. iur.* (1. 2). Più tardi venne Labeone, Gell. i. 12. vii. 15. xx. 1, e finalmente Gaio, de' cui sei libri si hanno registrati nei digesti venti passi.
(26) Ciò che i moderni scrittori ne fecero, si ha in Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipzig* 1824. 8.
(27) Gaius iv. 11. 30.

occulta a' plebei. Quindi i patrizi s'impossessarono in breve della materia delle nuove leggi, la cinsero delle loro interpretazioni [28], e compilarono nuove formole d'azioni a lei accomodate [29]. Il maneggio di questa scienza apparteneva principalmente al collegio dei pontefici, il quale sceglieva annualmente uno de' suoi a dar schiarimenti nei casi dubbi [30]. Così gran parte del diritto civile giaceva tuttora nascosta sotto il velame del giure pontificio [31].

CAPITOLO II.

PROGRESSI DEL DIRITTO ROMANO.

405. Questo stato di cose durò cent'anni incirca, finchè l'avanzata coltura politica più non tollerò il vezzo de' misteri. Adunque verso la metà del secolo quinto Appio Claudio raccolse in uno specchio le varie formole processuali [1], diè a pubblicare il suo lavoro allo scrivano Cn. Flavio [2], e poscia ne tolse ar-

(28) Fr. 2. § 5. *de orig. iur.* (1. 2). Questo lavoro si deve comparare alle glosse degli scabini intorno agli Specchi di diritto del Medio Evo.

(29) *Fr.* 2. § 6. D. *de orig. iur.* (1. 2), Gaius iv. 11. Queste tre parti, cioè il testo delle dodici tavole, l'interpretazione e la *legis actio* correlativa stavano raccolte nei *tripertita* di S. Elio, *fr.* 2. § 38. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(30) Fr. 2. § 6. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(31) Liv. ix. 46; Valer. Max. ii. 5. 2, fr. 2. § 35. D. *de orig. iur.* (1. 2)

(1) Questo lavoro corrisponde pienamente al compendio (*Richtsteig*) dello Specchio Sassone.

(2) Fr. 2. § 7. 36. D. *de orig. iur.* (1. 2). In questo frammento si narra che Flavio involò ad Appio lo specchio delle azioni Ma se si riscontra quello che si sa per altra parte di Appio Claudio e specialmente il passo di Plinio citato nella nota che segue, la cosa appare sott' altra luce.

gomento a rilevare con diligente osservazione e calcolo la lista dei giorni vincolati e prosciolti, e ad affiggerla nel foro [3]. In sul finire del medesimo secolo Tiberio Coruncanio, primo Pontefice Massimo plebeo dappoi il 502, assegnò al pubblico pe'suoi consulti certe ore del giorno, porgendo così ad ogni interessato il mezzo di conoscere, anche di primo colpo, la pratica legale [4]. A mezzo incirca il secolo sesto, Sesto Elio [5] compose uno specchio delle azioni accresciuto ed emendato, in cui inserì il testo delle dodici tavole e, da quanto pare, sotto a ciascuna legge l'interpretazione e le formole processuali correlative [6]. Così l'arte del diritto si rese più popolare, ed una disciplina indipendente e separata dal giure pontificio [7].

406. Scioltosi dalle pastoie esterne, lo sviluppo interno del giure civile fu anche più rapido. I Romani erano già di buon'ora venuti a contatto con altri popoli italici ed estraitalici, e più frequente sempre si faceva il caso, che innanzi ai giudici Romani piatissero forestieri. Le basi del giudicato in tali casi erano tutte positive, cioè improntate quando dal giure civile dei Romani, quando dal patrio de'peregrini, o dagli editti a quest'effetto emanati dai pretori [8]. Ma il ripetuto confronto nella legislazione e nella pratica

Vagamente si esprimono Cic. *de orat.* I. 41 (43), *ad Attic.* VI. 1; Liv. IX. 46; Valer. Max. II. 5. 2.

(3) Plinius *hist. nat.* XXXIII. 6 (1); Cic. *pro Murœna* 11 (12); Macrob. *Saturn.* I. 15.

(4) Fr. 2. § 35. 38. D. *de orig. iur.* (1. 2), Cic. *de orat.* III. 33.

(5) Di lui parla Liv. XXXI. 50. XXXII. 7. XXXV. 9.

(6) Fr 2. § 7. 38. D. *de orig. iur.* (1. 2). Il *ius Ælianum* ed i *tripertita* erano fuor di dubbio un'opera.

(7) Cic. *de legib.* II. 19. 20. 21, *de orat.* III. 33.

(8) V. § 94.

di varii diritti nazionali sollevando il pensiero a più libero volo, ne nacque il desiderio e la capacità di distinguere il giure speciale di un dato popolo, fondato sulle leggi positive e sulle costumanze, dal giure naturale a tutti i popoli comune [9]. La somma di questi veri giuridici desunti parte colla semplice osservazione istorica [10], e parte per astrazione dall'essenza della natura umana [11] fu detta giure naturale [12] ossia comune dell'umanità [13]. Questo diritto, a misura che lo Stato Romano crebbe d'ampiezza e di coltura interna, influì pure nel giure proprio nazionale, e gran parte di perfezione del Romano diritto consiste appunto nel sagace accordo che la legislazione e la giurisprudenza seppero porre fra il giure umanitario comune e il giure civile.

407. Questo accordo venne anche agevolato da un' instituto particolare. Ciò è, che sebbene lo scopo e la cerchia delle attribuzioni di ciascuna magistratura fossero in generale segnati dalla legge e dalla consue-

(9) Gaius I. 1. 55. Vedi intorno a quest'argomento: Dirksen *über die Eigenthümlichkeit des Jus Gentium* (*Vermischte Schriften* I. 200), Savigny *System* I. § 22. e *Beilage* I.

(10) A lei si appoggiano i *fr.* 4. 5. D. *de iustit.* (1. 1), § 1. 2. J. *de iure natur.* (1. 2). Anche nella filosofia si adottò la stessa base, Cic. *Tuscul.* I. 13. Certo vi potevano essere proposizioni di diritto che avevano per sè l' uso concorde dei popoli dell'antichità, ma che tuttavia erano contrarie al diritto naturale, *fr.* 4. D. *de iustit.* (1. 1).

(11) In questo senso parlano Cic. *de invent.* II. 53; Gajus I. 1, fr. 2. 3. D. *de instit.* (1. 1).

(12) *Naturale ius*, Cic. *de offic.* III. 5, *pro Sextio* 42, *orat. partit.* 37, fr. 6. 11. D. *de iustit.* (1. 1). Ma qualche volta il *ius naturale* è distinto dal *ius gentium*, e indica ciò che chiamasi istinto e legge naturale, *fr.* 1. § 3. 4. D. *de iustit.* (1.1).

(13) L' espressione *ius gentium* in questo senso era già vecchia al tempo di Cicerone, Cic. *de offic.* III. 17, *orat. partit.* 37.

tudine, nell'applicazione però ai singoli casi molte cose rimanevano quasi del tutto abbandonate al giudizio individuale. Di qui nacque l'uso che i Maestrati nel pigliare o durante l'ufficio notificassero ai cittadini sotto forma di editto generale le massime secondo cui avrebbono in dati casi pronunciato [14]. In questi editti si conteneva quindi in massima parte il diritto applicato [15]. I pretori che s'ingerivano sopratutto di giurisdizione rendevano naturalmente i loro editti sulla ragion civile in particolare [16]. Essi ponevano formole processuali di varia maniera, accomodate alla qualità dei negozi e delle emergenze civili [17]; dichiaravano, se e come avrebbero in date circostanze coadiuvato un'azione [18], e sopperivano specialmente all' insufficienza del diritto con stipulazioni [19], im-

(14) Gaius I. 6. In generale si chiamava editto ogni ordine dato da un maestrato ad altri, e quello altresì che conteneva un provvedimento semplicemente transitorio, verbigrazia un decreto consolare, Cic. *in Pison.* 8; un ordine del giorno militare, Liv. XXVIII. 25, e quello di convocazione di un'adunanza popolare, Gellius XIII. 15. Quinci la distinzione degli editti, che *iurisdictionis perpetuæ causa, non prout res incidit*, si emanavano, *fr.* 7. pr. D. *de iurisd.* (2. 1).

(15) Sotto questo aspetto avevano speciale importanza parecchi editti dei censori, Liv. XXXIX. 44; Plinius *hist. nat.* XIV. 16 (14). XXXVI. 2 (1), Cornel. Nepos *in Caton.* 2; Gell. XV. 11. — Cicerone *in Verr* II. 41 fa menzione di un editto dei tribuni, che si collegava certamente all'intercessione tribunizia.

(16) Cic. *de finib.* II. 22, fr. 2. § 10. D. *de orig. iur.* (1. 2). Utilissima per la procedura dei pretori torna in ciò la disamina, che fa Cicerone della pretura di Verre, *in Verr.* II. 1, 41-48.

(17) Cic. *pro Rosc. Com.* 8; Gaius IV. 46. 47.

(18) Fr. 7. § 7. D. *de pact.* (2. 14), fr. 3. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5), fr. 1. pr. D. *quod met. caus.* (4. 2), fr. 1. § 1. D. *de dolo* (4. 3), fr. 1. § 1. D. *de public.* (6. 2).

(19) Gajus IV. 31, fr. 7. pr. D. *de damno infecto* (39. 2), fr. 1. D. *de stipulat. prætor.* (46. 5).

missioni in possesso [20], eccezioni [21], restituzioni [22] ed interdetti [23]. Ma in ciò non si regolavano ad arbitrio, sibbene tenevano esatto conto delle idee correnti e delle esigenze del loro tempo, non che del relativo giure consuetudinario già invalso. Allorchè stavano loro di fronte leggi vecchie, si aiutavano con finzioni, mercè cui applicavano tali leggi ad altri casi nominativamente in esse non compresi [24], o le trasandavano del tutto [25]. Da principio codesti editti non si affiggevano, nè obbligavano che durante l'anno del loro ufficio [26]. Ma siccome per lo più il successore accoglieva nel suo editto ciò che l'esperienza avea mostrato buono [27], e sol lo mutava o completava con nuove clausole secondo che pareva necessario, ne avvenne che una gran parte del suo contenuto diventò stabile e tradizionale [28]. Onde impedire poi, che i pretori emanassero editti a capriccio

(20) Gaius III. 21-38. 41.
(21) Gajus IV. 118.
(22) Fr. 1. § 1. D. *de minor.* (4. 4), fr. 1. § 1. D. *de maior.* (4. 6).
(23) Gajus IV. 139-41.
(24) Gajus IV. 32-38.
(25) Fr. 2. § 1. D. *de capit. minut.* (4. 5).
26) Onde i Romani chiamavano l'editto *lex annua*, Cic. *in Verr.* II. 1, 42.
(27) Un esempio di un simile *edictum tralatitium* ci è dato da Cic. *in Verr.* II. 1, 44. Anche nelle leggi propriamente dette v'erano parecchie formole permanenti, Cic. *ad Attic.* III. 23.
(28) Così già era ai tempi di Cicerone, *de invent.* II. 22. Gli editti e formole di qualche importanza pigliavano un soprannome dal pretore che per il primo le aveva emesse, verbigrazia *formula Aquiliana*, *Octaviana*; *actio Publiciana*, *Pauliana*, *Calvisiana*, *Rutiliana*, *Serviana*; *Carbonianum edictum*; *Cascellianum iudicium*; *Salvianum interdictum*. A questi nomi si riduce nella massima parte ciò che si sa della storia interna dell'editto.

e giusta l'opportunità, la legge Cornelia prescrisse (A 689), che ognuno dovesse, appena entrato in ufficio, edittare le regole della sua amministrazione, nè più avesse a dipartirsene [29]. In tal modo si formò nell'editto un copiosissimo fonte di diritto, governato dall'esperienza e per la mutabilità della sua forma di conserva sempre coi progressi dell'incivilimento, il quale sotto nome di diritto pretorio s'assise dappertutto a fianco ed in sussidio del giure civile [30], facendosene, per così dire, un vivo interprete[31]. Natural cosa era adunque, che le dodici tavole cadessero via via nell'abbandono, e che i migliori ingegni, come già diceva Cicerone del suo tempo, si volgessero anzitutto, per apprendere il diritto vigente, all'editto [32]. Del rimanente, a somiglianza dell'editto civico, sorse altresì un editto del pretore instituito sui peregrini[33], come sì degli edili curuli [34]. Ma quanto ai bisogni giuridici delle provincie vi provvedevano i

(29) Ascon. *in argum. Cornel.* p. 58. Orell., Dio Cass. xxxvi. 23. In quest' occasione s'incontra per la prima volta l'espressione *edictum perpetuum*. Esso può essere egualmente chiamato *edictum annuum* per contrapposto all'editto semplicemente transitorio e riguardante casi particolari, *fr.* 7. pr. D. *de iurisd.* (2. 1). Oppure vuol significare che la più gran parte del medesimo già era permanente, così come in altri editti davasi il nome di *forma perpetua* alle clausole permanenti, Gellius xiii. 15. Od accenna a quello che appunto si fece colla legge Cornelia, che cioè i pretori durante l'anno non potessero più nulla mutare dell'editto promulgato.

(30) Fr. 7. D. *de iustit.* (1. 1).

(31) Fr. 8. D. *de iustit.* (1. 1).

(32) Cic. *de legib.* i. 5.

(33) *L. Rubria de Gallia cisalpina* col. i. lin 30. (Haubold *monum.* p. 148), Gaius i. 6; Theophil. i. 2. 7.

(34) Cic. *de offic.* iii. 17; Gajus i. 6; Gellius iv. 2, tit. D. *de ædilitio edicto* (21. 1). Perchè quest'editto si divulgasse sotto il nome semplicemente degli edili curuli, e non pure dei plebei, è ciò che non è ancora sufficientemente spiegato.

governatori, i quali colla stessa autorità dei pretori[35] abbozzavano ordinariamente prima di uscir di Roma, e sotto la direzione di esperti consiglieri, un editto[36], che promulgavano poi nella provincia per l'epoca del lor governo. Codesti editti abbracciavano il diritto amministrativo non meno che il privato[37]; molte disposizioni si rendevano pure per lunga ripetizione stabili[38], o si traevano dall'editto urbano[39]; talvolta poi il governatore dichiarava che nei casi specialmente non contemplati avrebbe sentenziato a tenor degli editti della città[40]. I questori delle provincie si attenevano egualmente nella giurisdizione lor propria all'editto degli edili curuli[41].

408. Del resto, quando apparivano necessarie nuove disposizioni generali, la legislazione s'ingeriva eziandio nel diritto civile. Dopo la caduta dei comizi curiati, ciò aveva luogo or con decreti dei comizi centuriati, or con plebisciti[42]. La differenza però non era che di forma, poichè sì quelli che questi avevano, giusta la legge Ortensia, uguale efficacia[43]. Lo stile della redazione era all'antica, energico, preciso[44], e ritenuto, sopratutto quando colla nuova legge trat-

(35) GAJUS I. 6.
(36) CIC. *ad famil.* III. 8.
(37) CIC. *ad Attic.* VI. 1.
(38) CIC. *ad famil.* III. 8, *ad Attic.* V. 21.
(39) CIC. *in Verr.* II. 1, 46. 3, 65.
(40) CIC. *ad Attic.* VI. 1.
(41) GAJUS I. 6. Vedi § 227.
(42) V. § 108.
(43) GAJUS I. 3, fr. 2. § 8. D. *de orig. iur.* (1. 2). Quindi il plebiscito si diceva, al pari di un decreto centuriato, *lex*, GELLIUS X. 20.
(44) Questo già loda nelle dodici tavole CIC *de republ.* IV. 8; DIODOR. XII. 26.

tavasi di derogare [45], o non [46] alle leggi anteriori. Non di rado le leggi erano divise in capitoli; la conclusione stava nella sanzione, con cui si stabilivano le pene degl'infrattori [47]. Elle s' intitolavano per lo più dal nome gentilizio del maestrato o de' maestrati che l'avevano rogata. Finalmente in ordine alle questioni di diritto civile sulla competenza, sulla conservazione delle cose religiose, sulla sospensione od abolizione di leggi per uno stringente motivo di pubblico bene [48], sui diritti dell'erario e dei pubblicani, e sul trattamento degl'Italici e provinciali [49], i decreti del senato costituivano una fonte giuridica di molto rilievo [50]. Delle molte leggi però e senatoconsulti di quell' età a noi non ne giunse che un piccolissimo numero [51].

(45) A ciò si riferisce la costante clausola *de impunitate si quid contra alias leges, eius legis ergo, factum sit*, CIC. *ad Attic.* III. 23, *Fragment. plebisciti antiqui de inferiis* lin. 7-11. (HAUBOLD *monum.* p. 83. 84).

(46) Da indi la frequente formola: *eius hac lege nihil rogatur* (E. H. L. N. R.), *lex tabul. Heracl.* lin. 52. 65. 67. 76. 79. 81. 82. (HAUBOLD p. 111. 114. 117. 118), *lex Rubria de Gallia cisalp.* col. II. lin. 20 (HAUBOLD p. 153), *lex Quinctia de aquæduct.* (HAUBOLD p. 176). A ciò pure si riferisce la clausola permanente: *Si quid sacri sanctique est, quod non ius sit rogari, eius hac lege nihil rogatur*, VALER. PROB. *in not.* S. Q. S. S. E. Q. N. I. S. R. E. H. L. N. R., CIC. *pro Cæcina* 33; *pro Balbo* 14, *ad Attic.* III. 23.

(47) CIC. *pro Balbo* c 14. Ne dà un esempio il *plebiscitum antiquum de inferiis* (HAUBOLD p. 83).

(48) CIC. *fragm. orat.* I. *pro Cornelio.*

(49) LIV. XXVI. 34. XXXIX. 3. XLI. 9.

(50) CIC. *Topic.* 5. Il che non si può più affermare dopo la costituzione antica. Del passo di Teofilo citato in contrario si è già parlato altrove (libro I. cap XV. nota 17).

(51) Essi si trovano colle opportune notizie letterarie nella collezione di Haubold edita da Spangenberg (§ 4).

CAPITOLO III.

ETA' DI PERFEZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.

409. Tuttochè colle leggi cogli editti e collo specchio delle azioni il diritto civile si fosse fatto chiaro ed accessibile a tutti, l'applicazione però di questi varii fonti richiedeva un cotal apparecchio ed esercizio, che non tutti potevano asseguire. Laonde ei si formò una classe particolare d'uomini, i quali, a guisa un tempo dei patrizi e pontefici, assistevano coll'opera e col consiglio quelli che ne li richiedevano. Essi davano pareri sulle quistioni loro proposte di diritto, stendevano contratti e formole processuali, e segnalavano le opportune clausole e cautele [1]. Simili consultazioni si davano parte in casa loro a certe ore del giorno, e parte nel foro pubblicamente [2]. Le opinioni che emettevano nei pareri, negli scritti e ne' dibattimenti giudiziarii [3], siccome d'uomini di vaglia, acquistarono pronta autorità, e si considerarono come parte del gius civile, non altrimenti che disposizioni emanate direttamente per legge [4]. Sotto Augu-

(1) *Respondebant, scribebant, cavebant*, Cic. *pro Murena* 9, *de orat.* I. 48.

(2) Cic. *de orat.* I. 45. III. 33, *de legib.* I. 3. A Scipione Nasica fu dallo Stato assegnata una casa nella *via sacra* affinchè potesse essere più facilmente consultato, *fr.* 2. § 37. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(3) A questi, e non ad un instituzione particolare artificiale si riferisce fuor di dubbio la *disputatio fori* di cui nel passo pel rimanente viziato di Pomponio, *fr.* 2. § 5. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(4) Cic. *Topic.* 5, fr. 1. pr. D. *de iustit.* (1. 1), fr. 2. § 5. 12, D. *de orig. iur.* (1. 2). Nella stessa guisa che nel diritto civile coll'*autoritas prudentium*, molte cose vennero costituite e mutate nel diritto pontificale coll'*autoritas pontificum*, Cic. *de legib.* II. 19. 20.

sto, i giureconsulti acquistarono nello Stato autorità maggiore, però ch'egli prescrisse, dovessero rispondere come in nome e d'ordine suo. Oltrecciò, per evitare adulterazioni, si stabilì che i responsi si dessero mai sempre in iscritto e suggellati[5]. Da quell'ora invalse l'uso di chiedere all'imperatore il diritto di rispondere [6], e i soli giureconsulti autorizzati dal principe si riguardarono come quelli le cui sentenze ed opinioni potevano citarsi a sostegno di un parere [7]. Quando da queste citazioni emergeva un perfetto accordo, il giudice ne rimaneva vincolato come da una legge; nel caso contrario, poteva adottare l'opinione a suo giudizio migliore[8]. Questo fatto che già aveva in parte una ragion di essere naturale venne anche afforzato da un rescritto di Adriano [9]. Sotto Costantino occorrono tutt'ora esempi di autorizzazioni dall'imperatore a giureconsulti impartite [10].

(5) Fr. 2. § 47. D. *de orig. iur.* (1. 2). Il racconto fatto in questo passo è un po' confuso; ma egli è evidente che le espressioni *publice scribere* e *signata responsa dare* si corrispondono.

(6) Fr. 2. § 47. D. *de orig. iur.* (1. 2), § 8. J. *de iure natur.* (1. 2).

(7) Così si deve intendere l'espressione *quibus permissum est iura condere*, Gajus i. 7.

(8) Non è dubbio che anche alle parti si concedesse di dimostrare in giudizio l'accordo o la divergenza dei responsi e scritti de' giureconsulti. Di un instituto particolare, secondo cui i giureconsulti s' interpellassero raccolti in collegio non esiste traccia.

(9) Gajus i. 7, §. 8. J. *de iure natur.* (1. 2), Theophil. i. 2, 8. All'autorità dei responsi in giudizio allude altresì Seneca *epist.* 94. Del resto, Savigny *System* i. § 26 dissente in ciò da noi. Egli opina che la forza obbligatoria che in giudizio aver doveva l'accordo dei giureconsulti autorizzati fosse propria dei pareri dati nei singoli casi, e non degli altri scritti. Ma vedi *contra* Puchta *Institutionen* i. § 116. 117.

410. La giurisprudenza però non si restrinse all'indirizzo delle bisogne private, ma in breve entrò pure nel campo del pubblico diritto [11]. Ella diventò allora per l'educazione dell'uom di stato; e dell'oratore una scienza importantissima [12], che a guisa dell'arte militare e dell'eloquenza schiudeva la via alle più alte magistrature [13]. Durante l'impero, l'eloquenza perdette colla libertà il suo lustro; ma la giurisprudenza serbò il suo, e nella crescente complicazione di affari divenne cosa al tutto indispensabile per voler amministrar lo Stato. Quindi è che spesso i giureconsulti accreditati di quell'epoca ebbero entratura nel consiglio dell'imperatore [14], ed anzi parecchi vennero come prefetti del pretorio posti a capo della cosa pubblica [15].

411. Il lustro esteriore della scienza e il vezzo dei tempi conferì pure al ceto de' giureconsulti una coltura più libera e generale. Il carattere formalista dell'antico diritto romano ingenerava facilmente in quelli che attendevano soltanto alla pratica civile, una certa stentatezza e minuziosità, che dava al loro uf-

(10) Eunapius *in vita Chrysanth.*
(11) Cincio già scriveva nel secolo VI *de consulum potestate e de comitiis*, Festus *v. Prætor*, *Patricios*, e Fabio Pittore *de iure pontificio*, Macrob. *Saturn.* III. 2. Ai tempi di Cicerone si fa menzione di Tuberone come d'uomo *iuris publici et privati doctissimus*, il quale aveva pure scritto dell'uno e dell'altro, *fr.* 2. § 46. D. *de orig. iur.* (1. 2).
(12) Cic. *de orat.* I. 37. 44, *fr.* 2. § 43. D. *de orig. iur.* (1. 2).
(13) Cic. *Brut.* 42, *de offic.* II. 19, *de orat.* I. 45. 55. III. 33. Ciò è pure attestato dal catalogo dei giureconsulti dato da Pomponio.
(14) V. § 259.
(15) Così Papiniano regnante Severo, Dio Cass. LXXVI. 10. 14; Paolo ed Ulpiano regnante Alessandro Severo, Spartian. *Pescenn. Nig.* 7; Lamprid. *Alex. Sever.* 26.

ficio un color goffo e da mestiere [16]. Ma presso i dotti si compose alla gravità ed a quel fare antico [17], che aiutato dal gusto e dalla dottrina adorna propriamente in ogni tempo il ceto de'giureconsulti, e lo solleva al nobile modello del sentimento e de' costumi antichi. Sin dai tempi della repubblica questo ceto contava una serie d'uomini che, usciti dalle più nobili famiglie, esperti del vivere civile, e non di rado chiari per eloquenza e per alte magistrature, erano l'ornamento dello Stato e l'orgoglio dei loro concittadini [18]. Sotto gl'imperatori, e mentre si spegneva ogni altro vestigio di vita pubblica, esso rimase ancora e per lunga stagione il centro, intorno a cui si stringevano i più nobili intelletti, finchè dopo Alessandro Severo soggiacque anch'egli all'universale rilassamento.

412. Quest'avanzare e declinar della giurisprudenza si rivela pure nella sua storia letteraria. Dopo le interpretazioni e le antiche collezioni di formole, ed a cominciare dal secolo sesto la trattazione letteraria del diritto si sollevò man mano a più liberi commenti [19], nei quali si faceva pur cenno alle

(16) Cic. *de orat.* I. 55., *de legib.* I. 4. II. 19, *pro Murena* 11. 12. 13. In quest'ultima orazione lo stesso Cicerone confessò più tardi di aver messo troppo in rilievo ed esagerato per celia questo difetto, *de finib.* IV. 27.

(17) Tuberone si sforzava di essere antico persin nell'ortografia, *fr.* 2. § 46. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(18) Ne fanno prova gli elogi che si trovano in Cicerone e Pomponio sopra molti giureconsulti.

(19) Come i *commentarii iuris civilis* di M. Porcio Catone; Festus *v. Mundus*, *fr.* 2. § 38. D. *de orig. iur.* (1. 2), gli scritti di suo figlio, Gell. XIII. 19, quelli di C. Livio Mamiliano Druso, Valer. Max. VIII. 7, 4, e le opere di Manilio, di Bruto, Cic. *de orat.* II. 55, *pro Cluent.* 51, e di P. Mucio

quistioni occorrenti alla giornata, ed ai responsi [20]. A mezzo il secolo settimo Q. Mucio Scevola compilava in diciotto libri il primo e più ampio lavoro comparativo che mai uscisse sul diritto civile [21], e quest'opera lasciò nella letteratura giuridica una durevole impressione [22]. Ma nell'erudizione e nel metodo scientifico fu vinta da Servio Sulpicio contemporaneo di Cicerone [23], il quale oltre a molte altre scritture dettò il primo un commentario, quantunque breve, all'editto pretorio [24]. Due suoi discepoli, Alfeno Varo [25] co'suoi voluminosi digesti in quaranta libri [26], ed Aulo Ofilio, che primo scrisse distesamente sull'editto pretorio [27], si procacciarono altresi fama duratura. D'allora in poi la letteratura giuridica si svolse nelle più svariate forme. Nella trat-

Scevola, Cic. *de orat.* I. 56, *Topic.* 4. 8, *fr.* 2. § 39. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(20) Tanto allega degli scritti di Catone e Bruto Cic. *de orat.* II. 33.

(21) *Fr.* 2. §. 41. D. *de orig. iur.* (1. 2). A lui pure allude Gellius VII. 15.

(22) Servio Sulpicio dettava pure osservazioni a quella contrarie, Gellius IV. 1, fr. 30 D. *pro socio* (17. 2), Gajus III. 149. A lui si riferiscono anche i libri di Lelio Felice *ad Q. Mucium*, Gellius XV. 27, i trentanove libri di Pomponio *ad Q. Mucium*, di cui si hanno molti estratti nei digesti, ed i *libri* di Gaio *ex Q. Mucio*, Gajus I. 188.

(23) Cic. *Philipp.* IX. 5, *Brut.* 41, fr. 2. § 42. 43. D. *de orig. iur.* (1. 2) Vedi sopa questi giureconsulti il recente scritto di Rob. Schneider *quæstion. de Servio Sulpicio.* Lips. 1834.

(24) *Fr.* 2. § 44. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(25) *Ibidem.*

(26) Questo è il numero dato dall'indice fiorentino, Gellio VI. 5 cita un passo del trigesimo quarto libro. Paolo di questi digesti stese un epitome, e nei digesti stessi di Giustiniano ne furono copiati estratti dal secondo al settimo libro.

(27) *Fr.* 2. § 44. D. *de orig. iur.* (1. 2).

tazione sistematica del diritto civile i tre libri di Massurio Sabino acquistarono, regnante Tiberio, tal voga che Pomponio nel secolo secondo, Ulpiano e Paolo nel terzo dettavano ancora i grandi loro commentarii nell'ordine da quello adottato. Nel novero di questi vasti lavori contenenti tutto il diritto civile cadono pure i digesti di Juvenzio Celso e di Q. Cervidio Scevola. L'editto pretoriano diè pure argomento ad insigni lavori pari a quello di Sabino; e Pomponio, Gajo, Ulpiano e Paolo, fra gli altri, ne scrissero lunghi commentarii. L'ordine dell'editto fu indubitabilmente preso anche per base nei voluminosi digesti di Giuliano e Marcello. Quanto agli altri fonti giuridici ne apparvero pure commentarii speciali; tal fu quello di Labeone, regnante Augusto, e di Gaio in sul finire del secolo secondo sulle dodici tavole di Celio Sabino, Gaio, Ulpiano e Paolo sull'editto edilizio; e di Gajo sull'editto provinciale. Le leggi [28] e senatoconsulti più importanti [29] che avevano attinenza col diritto civile furono anche più o men tardi il soggetto di monografie. Le stesse opere de'più antichi e famosi giureconsulti si riguardarono coll'andar del tempo come fonti, e si corredarono

(28) Come già le *leges vicesimæ* di Ofilio, *fr.* 2. § 44. D. *de orig. iur.* (1. 2), la *lex Julia et Papia Poppæa* di Gaio, Terenzio Clemente, Giunio Mauriciano, Marcello, Ulpiano e Paolo; la *lex Ælia Sentia* pure dei due ultimi, e la *lex Cincia*, *Falcidia* e *Fusia Caninia* di Paolo.

(29) Come il *SC. Tertullianum* ed *Orphitianum* di Gaio e Paolo, il *SC. Turpillianum* di Paolo e Marciano, il *SC. Silanianum*, *Velleianum*, *Libonianum*, *Claudianum* di Paolo. Pomponio e Paolo scrissero pure *de Senatoconsultis* in generale.

di note [30], si commentarono [31] e compendiarono [32]. Varie collezioni di responsi [33], di epistole giuridiche [34], questioni [35], soluzioni di fattispecie [36], disputazioni giuridiche [37], e sentenze di qualche rilievo proferite nel concistoro imperiale [38] attesero costantemente ad arricchire la giurisprudenza colla pratica. Comparvero inoltre copiose monografie sopra varie materie di diritto [39], e collezioni di miscellanee con nome e contenuto diversi [40]. Nè mancarono trattatelli redatti

(30) Così Q. Mucio da Servio Sulpicio e Gaio (nota 22), Massurio Sabino da Aristone e Fufidio, Cassio da Giavoleno, Plauzio da Nerazio, Giavoleno, Pomponio e Paolo, Minucio Natale da Giuliano, Giuliano da Mauriciano, Marcello, Cervidio Scevola e Paolo, Marcello da Scevola ed Ulpiano, Scevola da Claudio Trifonino e Paolo, Papiniano da Ulpiano, Paolo ed Elio Marciano.

(31) Così Q. Mucio da Pomponio (nota 22), Massurio Sabino, come sopra si è detto, da Pomponio, Ulpiano e Paolo.

(32) Così i digesti di Alfeno Varo (nota 26), ed i *libri* VIII. *πειθανῶν* di Labeone da Paolo, i *libri posteriorum* di Labeone da Giavoleno. Dello stesso genere sono i *libri* VI. *epitomarum* di Ermogeniano.

(33) Ve n' ebbero di Labeone, Sabino, Nerazio Prisco, Marcello, Cervidio Scevola, Papiniano, Ulpiano e Paolo.

(34) Come di Labeone, Procolo, Celso, Nerazio Prisco, Giavoleno e Pomponio.

(35) Ve n'ebbero di Fufidio, Celso, Africano, Cervidio Scevola, Papiniano, Tertuliano, Paolo, Callistrato.

(36) Come il *liber singularis de casibus* di Gaio, gli *enucleati casus* di Modestino.

(37) Come il *liber singularis de ambiguitatibus* di Giuliano, i *libri disputationum* di Trifonino ed Ulpiano.

(38) Di questo genere sono *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum libri* VI, di Paolo, di cui i suoi *decretorum libri* III. furono una nuova opera ritoccata.

(39) Utilissimi da questo canto erano Gaio, Ulpiano, Paolo e Modestino.

(40) Di questo genere sono i *libri πειθανῶν* e *posteriorum* di Labeone, i *coniectanea* di Capitone, i *libri membranarum*

parte in forma aforistica o sistematica [41], e parte sovra un piano più largo [42]. Contuttociò, ad eccezione dei frammenti riportati ne'Digesti, ben poco a noi giunse di quella ricca letteratura [43].

413. Il metodo scientifico presso i giureconsulti romani vestiva una certa uniformità. Muovendo anzitutto da un dato positivo, essi sapevano collegarlo con somma maestrìa a quello che in ogni diritto non è positivo, ma più che altro deriva dal sentimento e dalla ragione, e farne un tutto bellamente connesso. Ora analizzando, or completando le premesse, e formandone talvolta o creandone di nuove per via di sintesi scientifica, essi tennero la stessa via dei Dialettici e Matematici, ed eressero in fatto la scienza loro a dialettica applicata ai rapporti giuridici. Benchè vaghi di applicare e svolgere sott'ogni aspetto un'idea fondamentale [44], il sano lor senso pratico li

di Nerazio Prisco, le *variæ lectiones* di Pomponio, i *libri rerum quotidianarum sive aureorum* di Gaio, i *libri differentiarum* di Modestino.

(41) Tali erano il *liber singularis ὅρων* di Q. Mucio Scevola ancora estratto nei digesti, i *libri regularum* di Nerazio Prisco, Pomponio, Gaio, Cervidio Scevola, Ulpiano, Paolo, Licinio Rufino e Modestino, i *libri definitionum* di Papiniano, i *sententiarum libri* v. di Paolo.

(42) Tali erano i *libri institutionum* di Gaio, Ulpiano, Paolo, Marciano e Florentino, e fors'anche il *liber singularis enchiridii* di Pomponio.

(43) Ciò che se ne è conservato fu tutto raccolto colla massima diligenza e corredato delle opportune notizie letterarie nel *Corpus iuris romani anteiustinianei* stampato a Bonna.

(44) Per lo che una giusta e sottil distinzione oppure una serie di corollarii dialetticamente dedotti si diceva da essi *elegans dictum*, e per contrario *inelegantia iuris* la sconvenienza di una proposizione ad un'altra, GAJUS I. 84. 85, BRISSON. *v*. *Eleganter*.

salvò però sempre a tempo da sottigliezze esagerate [45]. Essi non davano grande importanza ad una forma filosofica perfettamente metodica; ondechè spesso nelle loro definizioni generali, nelle partizioni e nell'economia delle materie si trova una certa scorrettezza e noncuranza; ma per contro nell'analisi dei rapporti giuridici mai non fallivano il concetto e la giusta sua espressione. La lingua e lo stile, siccome d'uomini forniti di varia coltura e pratici della vita, era generalmente puro, semplice, preciso, maestoso, senza colore scolastico, chiaro e vivo, e tralignò anche più lentamente di quello degli altri scrittori. La filosofia greca, per l'influsso che sopratutto esercitò sulla coltura intellettuale de' Romani, non rimase al certo estranea alla giurisprudenza; ma di ciò non si può segnare in lei traccia veruna, che anzi tutto in contrario si scorge ne' giureconsulti romani la tendenza che di leggieri si comprende nell' entusiasmo per la loro scienza a trattar questa non diversamente dalla filosofia della vita [46].

414. In mezzo però a questa generale consonanza correvano fra i giureconsulti varie particolari divergenze d'opinione, quali in ogni tempo ne ingenera la viva e libera trattazione di una scienza. Atejo Capitone e Antistio Labeone vengono anzi citati sotto Augusto come capi di due contrarie scuole [47]. A Capitone tennero dietro Massurio Sabino, donde questa scuola s'intitolò

(45) Molti esempi se ne hanno in Brisson. *v. Subtilitas*.

(46) Di ciò è prova l'idea fondamentale che danno alla giurisprudenza, e le tre regole capitali che pongono del diritto, *fr.* 1. pr. § 1. *fr.* 10. D. *de iustit.* (1. 2).

(47) Il principal fonte in proposito è Pomponio nel *fr.* 2. § 47. D. *de orig. iur.* (1. 2). Le particolari controversie delle due scuole sono frequentemente citate da Gaio.

de'Sabiniani, Cajo Cassio Longino, che le lasciò nome di Cassiani, Celio Sabino, Prisco Javoleno, Aburno Valente, Tusciano, e Salvio Giuliano. A lei si unirono pure Pomponio [48] e Gaio [49]. A Labeone per contro successe Nerva, quindi Procolo, donde la scuola tolse nome di Proculeiani, e contemporaneamente Nerva il figlio e Longino; vennero di poi Pegaso, Celso, il figliuol suo Celso, e Nerazio Prisco. La discrepanza loro nasceva indubitabilmente dalla diversa maniera d'intendere e trattare la materia del diritto; avvegnacchè i Sabiniani si attenevano strettamente al disposto letterale della legge, laddove i Proculeiani argomentavano con maggior libertà di pensiero dall'essenza delle cose [50]. Queste antitesi scientifiche però non scemavano, neppur sotto i capi delle due scuole, la reciproca stima e riverenza [51]; nè mai ingenerarono tal pusillanimità per cui nei singoli casi i partigiani di una scuola non osassero dilungarsi dall'opinione de' loro precessori [52], od accedere all'altra scuola [53]. Perciò la stessa dissonanza doveva coll'andar del tempo sparire; e infatti ne' frammenti de' grandi giureconsulti che fiorirono dappoi Settimio Severo più non ve ne ha segno.

415. La diffusione però e il perfezionamento della giurisprudenza non fu l'opera dei soli scritti, ma e-

(48) Gajus II. 217. 218.
(49) Gajus I. 196. II. 15. 195.
(50) Le più recenti e migliori indagini sopra questa materia sono di Dirksen nelle sue *Beiträgen zur Kunde des römischen Rechts*, Leipzig 1825. 8.
(51) Gellius XIII. 12.
(52) Ne porgono esempi i *fr.* 54. pr. D. *de condit.* (35. 1), *fr.* 2. § 1. *fr.* 20. § 3. *fr.* 28. § 1. D. *de statu liber.* (40. 7), Gajus II 218.
(53) Ne dà un esempio Gajus III. 98.

ziandio dell'insegnamento orale. Questo in origine consisteva unicamente nell'udire e stare attenti alle facende giuridiche dei pratici più riputati [54]. Naturalissimamente però s'aggiunsero in breve spiegazioni, direzioni di lavori pratici, raccomandazioni di opere utili ed altri siffatti consigli [55]. Così attorno ad un insigne giureconsulto si venne raccogliendo un numeroso circolo di giovani, che su di lui si modellavano e veneravanlo per lor maestro [56]. Insensibilmente poi quest'uso prese forma di regolare instituto [57]; e sorsero uomini che dell'insegnamento della giurisprudenza fecero il loro studio principale, e che, abbisognandone, venivano soccorsi dai loro uditori [58]. Più tardi s'introdusse di per sè fra gl'insegnanti l'usanza regolare di ricevere, nel dar principio alle lezioni, un onorario; ma niuno poteva essere per tal motivo convenuto in giudizio [59]. Per

(54) Cnfr. cap. II. nota 4. Così Cicerone si andava ancora erudiendo presso Q. Scevola, *Brutus* 89, *de amicit.* 1, *de legib.* I. 4.

(55) In questo senso poteva già dirsi ai tempi di Cicerone, che vi era nn insegnamento legale, Cic. *orat.* 41. 42, *Brutus* 89, *ad famil.* VII. 19.

(56) Questo è il senso d'allora degli *studiosi audiendi*, *auditores* o *studiosi* senz'altro, Cic. *Brut.* 89. *fr.* 2. § 42. 44. 45. 47. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(57) A questo già accennano nel secolo secondo le *stationes Romæ ius publice docentium aut respondentium*, Gellius XII. 13.

(58) Così fu di Massurio Sabino, *fr.* 2. § 47. D. *de orig. iur.* (1. 2).

(59) *Fr.* 1. § 5. D. *de extraord. cognit.* (50. 13). Nè ciò è contraddetto dalla *c.* 6. C. J. *de profess.* (10. 52) da Giustiniano interpolata. Imperocchè i *doctores legum* sono ivi intrusi, e le *mercedes* si riferiscono all'onorario dei medici ed altri insegnanti, il quale poteva certamente chiedersi in via giudiziaria. Altrimenti pensa Kammerer *Untersuchung*, Güstrow 1837.

simil via sorsero anche insegnanti di legge nelle città capitali delle provincie; ma quelli di Roma erano protetti con immunità particolari[60]. Persino in Berito nella Fenicia v'era fin dalla metà del secolo terzo una fiorente scuola di diritto[61], la quale da Diocleziano e Massimiano ottenne pe' suoi studiosi importanti privilegi[62].

—

CAPITOLO IV.

CANGIAMENTI NEI FONTI DEL DIRITTO.

416. Parecchie mutazioni frattanto accadevano nei fonti del diritto positivo. I decreti popolari riguardanti la costituzione giuridica, ed in ispecie la processura e il diritto penale erano negli ultimi tempi della repubblica saliti a sì gran numero[1], che Giulio Cesare già progettava di farne una scelta collezione[2]. Ma sotto Ottaviano molte altre leggi s'aggiunsero di grandissimo momento e di non lieve portata. Tali furono la legge Giulia e la Papia Poppea sul celibato[3], la legge Giulia sul divorzio[4], la legge Elia Senzia sulle

(60) Vedi § 363. 377.
(61) GREGOR. THAUMAT. *panegyr. ad Origen.* p. 186. 187. ed. Mogunt., *Orbis descriptio* ap. GOTHOFR. *ad c.* 1. *C. Th. de assessor.* (1. 12 (21)).
(62) *C.* 1. C. *qui ætate vel profess. se excus.* (10. 49).
(1) TACIT. *ann.* III. 25-28.
(2) SUETON. *Jul. Cæs.* 44.
(3) Vedi in proposito § 327. Jacopo Gotofredo ed Eineccio hanno tentato di restituir queste leggi, ma dietro a fonti mal sicuri e con supposizioni non molto fondate.
(4) SUETON. *Octav.* 34, *fr.* 1. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5).

manumissioni [5], la legge sulla tassa successoria [6], ed altre di cui a suo luogo si farà parola. Sotto gl'imperatori seguenti questa forma di dar leggi continuò ad essere praticata [7]; ma la cooperazione del popolo non era che apparente, e infine cessò del tutto [8].

117. Al popolo sottentrò in certo modo il senato, i cui avvisi e decreti, resi anche senza il consenso popolare, si annoverarono allora tra i fonti del diritto [9]. La mozione per simili senatoconsulti si faceva il più sovente secondo il solito con un'orazione imperiale [10], sulla quale i consoli come presidenti aprivano la discussione [11]. Di regola però l'orazione si erigeva in decreto senza cangiamenti [12], ed insensibilmente la

(5) V. in proposito § 334.

(6) V. in proposito § 312.

(7) Ne fanno prova la *lex Junia* regnante Tiberio (§ 333), la *lex Visellia* intorno al 777, Ulpian. iii. 5, la *lex Claudia de mulierum tutela*, Gajus i. 157. 171, ed altri plebisciti publicati sotto quest'imperatore, Tacit. *ann.* xi. 13. Fassi ancora menzione di una *lex agraria* di Nerva, *fr.* 3. § 1. D. *de termino moto* (47. 21).

(8) Quando ciò accadesse non si può precisare. Il passo di Tacit. *ann.* i. 15. parla delle elezioni, ma non delle assemblee popolari in genere. Ond'è che scrittori dei tempi posteriori parlano come se vi fossero tuttora decreti di popolo, Gajus i. 3.

(9) Gajus i. 4. 83. 84. iii. 32, *fr.* 2. § 12. D. *de orig. iur.* (1. 2), *fr.* 9. D. *de legib.* (1. 3), § 5. J. *de iure natur.* (1. 2).

(10) V. in proposito § 262. Accuratamente ne tratta Dirksen *Vermischte Schriften*, parte 1ª n. vi. Esempi di simili orazioni relative al diritto si hanno nei *fr.* 22. D. *de hæred. petit.* (5. 3), *fr.* 32. D. *de donat. inter vir. et uxor.* (24. 1), *fr.* 1. D. *de reb. eor. qui sub tutela* (27. 9).

(11) Ne dà un esempio il *fr.* 20. § 6. D. *de hæred. petit.* (5. 3).

(12) Ed è perciò che spesso in vece del senatoconsulto è nominata e commentata l'orazione. Ne sono un esempio i *fr.* 8. D. *de transact.* (2. 15), *fr.* 60. *de ritu nupt.* (23. 2).

consulta del senato si mutò in una mera formalità ed acclamazione [13].

418. I maestrati continuarono sotto gl'imperatori a edittare (*edicere*) sì in Roma che nelle provincie [14]. Gli editti urbani però essendo via via cresciuti in gran numero e senz'ordine, Salvio Giuliano prese a ridurli in forma ed ordine migliore [15]. Questo lavoro si fece forse ad istanza dell'imperatore Adriano, e su di esso emanò un senatoconsulto [16]. Per lui andò naturalmente negletta la collezione anteriore degli editti [17], e tanto nell'applicazione pratica come nella trattazione scientifica si tenne dietro esclusivamente al testo di Giuliano. A questa compilazione appartiene egualmente quello che dei frammenti dell'editto si contiene nei commentarii de' giureconsulti [18]. Se nell'editto urbano siasi allora fuso l'editto riguardante i peregrini è dubbio [19]; ma l'editto edilizio fu

(13) Vedi § 350.

(14) Gajus I. 6. Nel *fr.* 6. § 1. D. *de custod. reor.* (48. 3) si ha un esempio di un editto di provincia.

(15) Eutrop. VIII. 17 (9). Lo stesso dice in termini più precisi Aurel. Victor *de Cæsar.* 49; eccetto che egli confonde Salvio Giuliano coll'imperatore Didio Giuliano.

(16) *C.* 2. § 18. *c.* 3. § 18. C. *de vet. iure enucl.* (1. 17). Ciò è confermato da una notizia dell'*ecloga legum, proœm.* § 2, edita da Zacharia nel *Basilii prochiron.* (Heidelberg 1837) p. 287. seg. Perciò l'editto così redatto venne pur chiamato Adrianeo, Paeanii *metaphrasis ad Eutrop.* VIII. 9.

(17) Questa collezione, benchè anticata, esisteva ancora dopo Adriano nella biblioteca del tempio di Trajano, Gellius XI. 17.

(18) Con questi frammenti si tentò in più modi di restituire l'editto. Il più recente lavoro di questo genere è C. de Weyhe *Libri tres edicti.* Cellis 1821. 4.

(19) Il contrario sembra che arguir si debba dal vedersi i due editti distinti anche più tardi, Gajus I. 6, e dall'essere i commentarii di Gaio scritti espressamente *de edictum prætoris urbani* e *ad edictum urbicum.* Ma l'opinione favore-

a quello unito come parte ultima [20]. In ordine agli editti provinciali ignoriamo se siansi raccolti; nondimeno, essendosi la condizione delle provincie fatta coll'andar del tempo assai omogenea, puossi facilmente arguire che siasi per esse formato un editto comune [21]. Del rimanente erra chi dice, che coll'opera di Giuliano si volle operare un gran mutamento nei fonti del diritto e porre un termine all'edittare de' maestrati [22]. Il cessar di questo fu graduato [23], e di conserva colla declinazione generale dei vecchi ordini repubblicani. Al pretore sottentrarono in certo modo i giureconsulti che s'impadronirono dell'editto come di unico testo, e coll'interpretazione ne mantennero viva l'applicazione.

419. Ma il principalissimo influsso sul perfezionamento ulteriore del diritto si dovette alle costituzioni degli imperatori, ai quali un tal potere venne pure solennemente conferito dalle nuove leggi fondamentali [24]. Essi lo esercitarono con editti, rescritti e de-

vole è sostenuta da che non si trova presso alcun giureconsulto un commentario *ad edictum prætoris peregrini*.

(20) *Const. omnem reipublicæ* § 4; Theophil. i. 2, 7. Ond'è che gli ultimi libri dei commentarii di Gaio, Ulpiano e Paolo sopra l' editto furono specialmente intitolati *ad edictum ædilium*.

(21) Il commentario di Gaio *ad edictum provinciale* fa supporre l'esistenza di un editto comune. Vedi pure Huschke *über den Census* p. 22.

(22) Hugo ha con molta dottrina confutato le opinioni state su questo punto in vigore.

(23) Le ultime aggiunte all'editto sono accennate nel *fr.* 3. D. *de coniung. cum emanc.* (37. 8), *fr.* 1. § 13. D. *de ventre* (37. 9).

(24) V. sopra ciò § 255. Savigny (*System* i. § 23) non vede negli editti degli imperatori che una continuazione degli editti de' maestrati epperò non attribuisce loro per la prima epoca che una forza limitata. Ma vedi *contra* Dirksen *Vermischte Schriften* parte i. p. 137.

creti[25]. In origine e finchè per promulgar disposizioni generali gl'imperatori si valsero della cooperazione del senato, gli editti non furon molti[26]. All'incontro spessissimi furono i rescritti[27], quando sotto forma di missive in risposta a domande ed istanze di privati[28], o sulla relazione di un impiegato[29], quando sotto forma di risoluzione, che si annotava sullo stesso libello presentato[30]. Questi rescritti diventarono pel diritto di sommo rilievo poichè l'opinione espressa in uno di essi si pigliava pel grado, e l'autorità di chi la emetteva a norma di decisione in tutti i casi analoghi[31]. Lo stesso fu dei decreti[32], o decisioni giudiziarie, che l'imperatore emanava[33] sulle quistioni a lui portate in appello, ovvero in primo ed ultimo grado[34]. Anche ne' mandati od istruzioni del-

(25) GAJUS I. 5, *fr.* 1. D. *de constit. princip.* (1. 4).

(26) Ma che gli stessi primi imperatori promulgassero editti, è provato dall'enumerazione fattane da BACH, da BRISSON. *de formul.* III. 8, e da SAVIGNY *System* I. § 23. nota *d.*

(27) Molto se ne ha di raccolto in BRISSON. *de formul.* III. 21-68.

(28) Gli schiavi stessi supplicavano all'imperatore direttamente, e ne avevano risposta, *c.* 1. 6. C. *de precib.* (1. 19), *c.* 6. C. *de testam. manum.* (7. 2), *c.* 1. 8. 10. 11. 13. C. *de fideicomm. libert.* (7. 4).

(29) THEOPHIL. I. 2, 6. Numerosissimi specialmente sono i rescritti ad impiegati provinciali. Vedi § 294.

(30) *Fr.* 1. § 1. D. *de const. princip.* (1. 4), *c.* 1. C. *de precib.* (1. 19). Ne dà un esempio il *fr.* 9. D. *de l. Rhod.* (14. 2).

(31) *Fr.* 9. § 2. D. *de hæred. instit.* (28. 5), *fr.* 49. D. *ad l. Falcid.* (35. 2), *fr.* 17. D. *de jure patron.* (37. 14).

(32) *Fr.* 18. pr. D. *de his quæ ut indign.* (34. 9), *fr.* 22. pr. D. *ad Sc. Trebell.* (36. 1).

(33) Vedi per più ampii particolari il libro della Processura.

(34) Sulla forma di questi decreti vedi BRISSON. *de formul.* V. 113. 182. 183. 184.

l'imperatore agli ufficiali provinciali [35] si contenevano molte disposizioni riguardanti l'amministrazione della giustizia [36].

420. Oltre poi a tutti questi fonti di giure scritto ed ai sussidii scientifici si riconoscevano ancora come fonti il diritto consuetudinario [37], e la pratica legale [38].

—

CAPITOLO V.

ETÀ DEI CODICI.

421. Coll'aprirsi impertanto del secolo quarto lo stato dei fonti del diritto era qual segue. In teoria si tenevano ancor tali le leggi delle dodici tavole, gli antichi decreti popolari e plebisciti, gli editti de' maestrati, i senatoconsulti, gli scritti de' giureconsulti autorizzati dall' imperatore, e le costituzioni imperiali. Ma i più antichi di codesti fonti non si consultavano più direttamente, e solo si faceva capo ai commentarii de' giureconsulti, ne' quali si rinveniva comodamente registrato e spiegato quello che ancora tornava in acconcio. Senonchè nell'uso stesso degli scritti giuridici s'incontravano gravi difficoltà. Vero è che giusta l'ordine vigente avevano pel giudice in caso di concordanza autorità obbligatoria; ma quando le opinioni erano discrepanti, gli toccava sce-

(35) Vedi § 294. 370.
(36) Molti esempi ne occorrono in Brisson. *de formul.* III. 84.
(37) *Fr.* 32-37. D. *de legib.* (1. 3), *c.* 1. 2. 3. C. *quæ sit longa consuet.* (8. 53).
(38) *Fr.* 38. D. *de legib.* (1. 3), *c.* 1. C. *quæ sit longa consuet.* (8. 53).

gliere fra più[1]. Ora nel declinar sempre maggiore dell'antico vigore scientifico, questa non era agevol cosa; il perchè gl'imperatori cercarono di sovvenire ai giudici nella decisione delle controversie con mezzi artificiali. Già in una questione di diritto si era affacciata a Costantino (A. 321) una disformità tra Papiniano e le note di Ulpiano e Paolo, e l'opinion del primo avea egli dichiarato la giusta[2]. Quattordici giorni dopo emanò una costituzione con cui, onde por fine alle incessanti controversie, vietò del tutto la citazione di quelle note[3]. Lo stesso si decretò, ignorasi quando, riguardo alle note di Marciano[4]. Tutti però gli altri scritti di Paolo in occasione (A. 327) di una questione insorta sulle sue sentenze vennero formalmente approvati[5]. Ma assai più vasta fu la mira di un decreto, che, uscito probabilmente dalla corte orientale romana, fu in nome di Teodosio II e Valentiniano III promulgato (A. 426) pei due imperi[6]. Per esso fu confermata l'autorità dei giureconsulti ricevuti nella pratica e degli scritti loro, eccettuate naturalmente le predette note di Paolo ed Ulpiano, ma nel caso di dissenso si stabilì, che prevalesse la pluralità degli autori, e a parità di voti l'opinione di Papiniano; e quando questi tacesse, il giudice seguisse l'opinion propria. Come giuristi autorizzati si desi-

(1) V. § 409. *supra.*
(2) *C. un.* pr. C. Th. *de sentent. passis.* (9. 43).
(3) *C.* 1. C. Th. *de respons. prudent.* Questa costituzione è stata trovata dei tempi nostri da Clossio.
(4) Ciò si deduce dalla *c.* 1. § 6. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).
(5) *C.* 2. *C. Th. de respons. prudent.* (1. 4). Questa costituzione fu egualmente scoperta da Clossio. Con essa si spiega la *Consultat. veter. Jurisconsulti* § 7.
(6) *C.* 3. *C. Th. de respons. prudent* (1. 4).

gnarono pei primi Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino, ed oltre a questi quelli ancora, i cui trattati ed opinioni si trovavano citati nelle opere di quei cinque. Quindi essi pure dovevano tenersi in conto, ma nel solo caso che la fattane citazione fosse giustificata col riscontro degli originali [7]. Così le produzioni della giurisprudenza antica vestirono del tutto il carattere di fonti positivi del Diritto, ed ivi si raccolsero i risultati del giure antico.

122. Oltre a queste opere le costituzioni degl'imperatori furono ancora le sole adoperate come fonti del Diritto. Sino a Costantino serbarono queste una certa misura ed un rispetto alle forme antiche; ma dopo lui tutti i decreti portarono il marchio della sola volontà imperiale. Le leggi si abbozzavano dal questore del palazzo [8] d'accordo cogli altri ministri e funzionarii superiori [9], e nel caso di necessità coll'intervento dei dottori in legge [10]; portavansi quindi dopo il 446 in senato acciò si discutessero; recitavansi nel consistorio imperiale [11], spedivansi nelle cancellerie imperiali coi loro sigilli particolari [12], firmavansi dal-

(7) La vera interpretazione di quella costituzione è dovuta a PUCHTA nel *Rhein. Museum für Jurisprud.* v. 6. vi. 2, *Institutionen* i. § 134. L'opinione volgare si era, che per quella legge non si potessero citare in giudizio come autorità che i cinque giureconsulti anzidetti; gli altri non più direttamente sugli originali, ma indirettamente, cioè in quanto concordassero colle opere di quei cinque. Di questo parere è pure SAVIGNY *Röm. Recht im Mittelalter* i. § 3.

(8) Vedi § 344.

(9) Di ciò fa pure testimonianza la compilazione del codice di Teodosio ii e delle raccolte di Giustiniano.

(10) Così fu fatto nel compilar le raccolte di Giustiniano.

(11) *C.* 8. C. *de legib.* (1. 14).

(12) *C.* 3. C. Th. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 19).

l'imperatore[13] di proprio pugno con inchiostro purpureo[14], aggiuntavi un'espressione d'affetto al popolo al senato, ai prefetti del pretorio, o diversamente a chi era la legge indirizzata[15], notavasi accanto il giorno e il luogo della promulgazione[16], e finalmente il tutto si controfirmava dal questore[17]. Talvolta se ne spedivano nello stesso tempo autografi a diversi funzionarii superiori, ed in ciascuno di essi si notava formalmente l'invio[18]. La pubblicazione delle leggi rendute in senato si faceva in forma di orazione imperiale[19], che si leggeva quivi[20]; e quanto alle altre, si commetteva ordinariamente al prefetto, cui era indirizzato l'editto, con una clausula precedente alla sottoscrizione imperiale[21], di promulgarle in tutte le parti dell'impero[22]. Quando poi l'atto officiale era

(13) Donde le parole poste in fine a parecchie leggi: *et manu divina*, o nelle sigle ET. M. D.

(14) Ciò appare specialmente dalle Novelle poste dietro il codice Teodosiano. Le formole usate in proposito si trovano in Brisson. *de formul.* III. 78.

(15) *Sacrum encaustum*, Brisson. *de formul.* III. 79.

(16) Donde l'espressione *data*, *emissa*, *directa*, *subscripta*, *nov. Valentin.* III. *tit.* I. *de indulg. reliquor.*, *tit.* IX. *de reddito iure armor.* Altri esempi ne riferiscono Gothofr. *proleg. ad Cod. Theodos.* cap. 9; Hænel *præf. Cod. Theodos.* p. XL.

(17) Perciò anche nelle leggi si trova la sua firma, Brisson. *de formul.* III. 80.

(18) Brisson. *de formul.* III. 83 ne ha raccolto esempi.

(19) C. 3. C. *de legib.* (1. 14). Onde una tal legge si chiamava anche *oratio*, c. 1. C. Th. *de cretione* (4 1).

(20) Quinci le parole finali *lecta* ovvero *recitata in senatu*, Gothofr. *ad c.* 14. C. Th. *de senator.* (6. 2), Brisson. *de formul.* III. 83.

(21) Ciò è indicato dalla *nov.* Valentin. III. tit. XX. *de testam.* c. 1. Vedi pure Gothofr. *ad c.* 1. C. Th. *si per obrept.* (11. 13).

(22) Molti esempi ne stanno raccolti in Brisson. *de formul.* III. 69-76.

a quello pervenuto, e notato il giorno dell'arrivo [23], se ne mandavano copie munite dell'editto di pubblicazione del prefetto [24], parte alle due metropoli in certi luoghi pubblici [25], e parte ai governatori delle provincie, dai quali si notificavano nelle città [26], o si leggevano in un'udienza del tribunale [27]. Qualche volta per speciale comando imperiale le leggi s'incidevano in tavole di bronzo [28], o si vergavano su tela [29]. Per lo spaccio di copie autentiche stavano in Roma ufficiali particolari detti Costituzionarii [30]. Del resto la divisione dell'impero non esercitò su queste cose molta influenza. Ben si prescrisse nel 438 che una legge promulgata nell'un impero non avesse nell'altro forza obbligatoria che dopo la sua formale re-

(23) Ciò si faceva colla parola *accepta* od ACC. coll'aggiunta del *Datum*, *nov.* VALENTIN. III. *tit.* X. *neque domum divinam*, *tit.* XXII. *de sepulcri violat.*, BRISSON. *de formul.* III. 82.

(24) Questo si chiamava *edictum*, *programma*, BRISSON. *de formul.* III. 69. 70. La fatta pubblicazione si notava quindi sotto la legge colle parole *antelata* o *prælata edicto Albini præf. præt.* e simili, *nov.* VALENTIN. III. tit. XX. *de testam. c.* 1, tit. XXII. *de sepulcri violat.*, tit. XXVI. *de triginta annor. præscript.*, BRISSON. *de formul.* III. 83, GOTHOFR. *ad c. un.* C. Th. *si per obrept.* (11. 13.

(25) Da indi le parole poste sotto molte leggi, *proposita* ovvero PP. *Romæ in foro Trajani*, *nov.* VALENTIN. III. tit. XI. *de honorat.*, tit. XIX. *de homicid.*, tit. XX. *de testam.* c. 1; BRISSON. *de formul.* III. 71. 76; GOTHOFR. *paratit. ad. C. Th.* I. 1.

(26) *Nov.* VALENTIN. III. tit. XXVI. *de triginta annor. præscript. c.* 1. § 8, *c.* 7. *C. de execut.* (12. 61), *nov.* JUST. 66. c. 1.

(27) Quinci l'addizione *allegata in secretario*, *constit.* VALENTIN. III. *a.* 365 nella *consult. veter.* ICti. c. 9.

(28) BRISSON. *de formul.* III. 77; GOTHOFR. *paratit. ad C. Th.* I. 1.

(29) *C.* 1. *C. Th. de aliment.* (11. 27) *ibiq.* GOTHOFR.

(30) Questa carica non si conosce che in grazia dei *gesta senatus* che verranno menzionati *infra* (nota 45), e della costituzione lor relativa.

cepzione [31]. Ma inalterata rimase la massima che i due imperii si governassero colle stesse leggi, ed è per ciò che le provvidenze e le raccolte emanate da una corte venivano di regola inviate all'altra e da questa pubblicate [32].

423. I rescritti imperiali che non di rado si davano ancora sia sulle interpellanze d'impiegati, sia sopra istanze di privati, erano a guisa degli editti firmati dall'imperatore con inchiostro purpureo [33], e rilasciati dal questore [34]. Le dispense più ampie date specialmente a corporazioni o sopra ordinamenti di servizio si chiamavano sanzioni prammatiche [35]. I mandati od istruzioni agli impiegati si spedivano dal questore unitamente alle patenti di nomina [36]. Finalmente tra i fonti giuridici di quell'età vogliono pure annoverarsi i bandi generali dei prefetti pretoriani [37], e gli editti del prefetto della città [38].

424. L'unica difficoltà che s'incontrasse nel far uso delle costituzioni consisteva nel grande lor numero e sparpagliamento. Questa difficoltà si faceva soprattutto grave nei rescritti, per non essere come gli editti

(31) *Nov.* THEODOS. tit. I. *de Theodos. Cod. auctorit. c.* 1. § 5.

(32) C. 5. C. Th. *de constit.* (1. 1), *nov.* THEODOS. tit. II. *de confirm. leg. novell.*, *nov.* VALENTIN. III. tit. XXV. *de confirm. leg. Divi Theodosii.*

(33) C. 3. 6. C. *de divers. rescript.* (1. 23).

(34) C. 7. C. *de divers. rescript.* (1. 23), *nov.* JUST. 114.

(35) C. 7. C. *de divers. rescript.* (1. 23), c. 15. C. *de proxim. sacror. scrinior.* (12. 19).

(36) V. § 381.

(37) C. 2. C. *de off. præf. præt.* (1. 26), c. 16. C. *de iudic.* (3. 1). Ne sono d'esempio le *nov.* 165-168. Cfr. § 271. *supra.*

(38) Ne porge un esempio il § 360. nota 65.

pubblicati e sparsi con ordine. Perciò il giureconsulto Papirio Giusto aveva già, regnante probabilmente ancora l'imperator Marco, apparecchiato una raccolta delle costituzioni di lui e di Vero[39]. Più ampie furono le due collezioni dei giureconsulti Gregoriano ed Ermogeniano, delle quali però non restano nell'altre collezioni che frammenti; motivo per cui non si può fissarne con precisione la data [40] e l'ampiezza[41]. Mosso da questi esempi Teodosio il giovane volse anch'egli il pensiero alla compilazione di una raccolta. A quest'oggetto nominò (A. 429) una commissione di nove illustri personaggi della sua corte dandole l'incarico di raccogliere tutti gli editti ed altre costituzioni generali emanate da Costantino in poi, di ordinarle per materie, di dividere le costituzioni di qualità mista, e sceverare, tenendo dietro all'ordine cronologico, le provvidenze più recenti ed effettivamente in vigore dalle più antiche e mutate [42]. Lo stesso incarico fu rinnovato (A. 435) ad un'altra commissione composta di sedici membri[43], ed il codice da questa redatto (A. 438) fu promulgato come raccolta officiale [44]. Nel medesimo anno Valentiniano III ne fece la recepzione e pubblicazione in Occidente, presentandone prima

(39) Nei digesti se ne hanno sedici frammenti. Vedi pure SAVIGNY *System.* I. § 24. nota V.

(40) Le costituzioni del codice Gregoriano che si sono conservate incominciano con Settimio Severo e terminano con Diocleziano; quelle del codice Ermogeniano incominciano con Diocleziano, e terminano con Valente e Valentiniano II.

(41) Del codice Gregoriano si cita il tredicesimo libro. Dell'Ermogeniano non son citati che titoli.

(42) *C.* 5. *C. Th. de constit.* (1. 1).

(43) *C.* 6. *C. Th. de constit.* (1. 1).

(44) *Const. de Theodosiani codicis auctoritate* (*nov.* THEODOS. tit. I).

al senato per mano del prefetto pretoriano un esemplare [45]. In tale occasione si affidò pure ai Costituzionarii, per averle corrette, la confezione e la vendita esclusiva delle copie [46]. Contuttociò di quest'importante collezione a noi non sono pervenuti che manoscritti incompleti [47]. Nell'anzidetto decreto dell'anno 429 Teodosio annunziava pure un' altr' opera in cui dovevano essere raccolte costituzioni e gli scritti giuridici; senonchè di essa nulla si è saputo. Del rimanente, dopo il codice Teodosiano la legislazione non tacque, e in breve s'ebbero molte altre costituzioni nuove, le quali furono tutte assieme inviate (A. 447) da Teodosio alla corte occidentale[48], e da Valentiniano III (A. 448) adottate[49]. Analoghi supplementi ebbe il codice Teodosiano colle

(45) In questa seduta del senato fu letto, come risulta dal protocollo che se ne è conservato, il decreto di Teodosio dell'anno 429; probabilmente anche le due altre sue costituzioni citate. Questo protocollo fu trovato da Clossio con altri frammenti in un manoscritto della biblioteca Ambrosiana di Milano ed edito nel 1824. Esso fa presentemente parte delle nuove edizioni del codice Teodosiano.

(46) I costituzionarii non solamente davano una copia della raccolta, ma una copia di quel protocollo autenticata dall' esceptore del senato, ed una copia della costituzione, con cui essi medesimi erano stati creati costituzionarii. Ciò risulta dallo stesso protocollo sopra menzionato. Sotto a questo infatti si vede una sua autenticazione dell'esceptore del senato dell'anno 458, in cui la copia fu rilasciata; poi il decreto di nomina dei due costituzionarii dell'anno 443. Vedi SAVIGNY *über die Gesta senatus* (*Zeitschrift* IX. 213).

(47) La più recente edizione che si distingue sommamente per acutezza di critica è quella di HANEL (1842) nella collezione di Bonna. La prefazione ivi apposta dà pur contezza degli ultimi lavori.

(48) *Nov.* THEODOS. tit. II. *de confirmat. leg. novellar.*

(49) *Nov.* VALENTIN. III. tit XXV. *de confirmat. legum Divi Theodosii.*

novelle di Valentiniano III, Marziano, Maggioriano, Severo ed Antemio [50]. Laonde quando nel 476 spirò nell'occidente l'impero romano, il diritto civile stava riposto negli scritti de'giureconsulti autorizzati, e nei tre codici di Gregoriano, Ermogeniano e Teodosio, colle novelle aggiuntevi. Ciò che poi seguì nei regni allora fondati dai Germani è fuor dei limiti del presente lavoro.

425. Intanto la giurisprudenza precipitò del tutto dalla sua altezza, e con Erennio Modestino, discepolo di Ulpiano sotto Alessandro Severo, si chiuse la schiera degl'illustri scrittori giuridici. Lo spirito scientifico sparve intieramente; niuno più aspirò che a posti frivoli o lucrosi, e la pratica civile stata un tempo la più nobile occupazione fu, come vil mestiere non dicevole che ai libertini [51], calpestata nei più brutti modi: or da coloro che in ogni occorrenza incitavano la gente a litigi; or da coloro che si davano importanza colla gravità pedantesca e con citazioni su citazioni; ora da tali che coll'arte e col cavillo sapevano trar le liti in infinito; ed or da quelli che la propria ignoranza velavano colla boria e colla massima impudenza [52]. Gli avanzi dei lavori giuridici di quell'età portano codest'impronta di fiacchezza, e si riducono a mere collezioni di fonti [53]. Ben si provvide alla scuola di legge in Roma con buoni ordini

(50) Anche queste novelle sono al presente edite assai meglio di prima da Hanel (1844) nella collezione Bonnese.
(51) Mamertin. *gratiar. act. ad Julian. c.* 20.
(52) Queste quattro classi sono distinte da Amm. Marc. xxx. 5.
(53) Cioè i così detti frammenti Vaticani scoperti da Mai (1823), la *lex Dei* ossia il confronto del diritto Mosaico e Romano, e la *consultatio veteris ICti.*

disciplinari [54], ed una se ne eresse in Costantinopoli, fregiando i professori di stipendii e di onori [55]. Ma questi stessi provvedimenti diedero nuova prova, che quando manca la forza interna non si può infondere ne' licei spirito e vita.

CAPITOLO VI.

GIUSTINIANO.

426. Non erano ancora trascorsi cent'anni dalla legge citatoriale di Valentiniano e dalla compilazione del Codice Teodosiano, che Giustiniano progettò per l'Oriente nuove collezioni. Uniformandosi allo stato d'allora dei fonti giuridici, egli formò il suo piano parte sulle costituzioni e parte sugli scritti dei giureconsulti. In ordine alle costituzioni, essendo elle disperse in tre raccolte e nelle leggi dopo queste emanate, e nelle prime trovandosi comprese tanto le disposizioni antiquate che quelle ancora in vigore, il progetto non era scevro di difficoltà. Laonde Giustiniano nominò (A. 528) una commissione di dieci grandi funzionarii e dottori, fra cui Triboniano, capo di una delle cancellerie imperiali, e diè loro l'incarico di ridurre il tutto in una sola raccolta, togliendone i preamboli inutili, le ripetizioni, le disposizioni contraddittorie ed antiquate, ed ove d'uopo mutando pure i testi o raccogliendo più passi in un solo, ma segnando pel rimanente la data delle costitu-

(54) C. 1. C. Th. *de stud. liberal.* (14. 9).
(55) C. 3. C. Th. *de stud. liberal.* (14. 9). Vedi § 363.

zioni, e queste disponendo in ciascun titolo per ordine cronologico[1]. Questa raccolta venne pubblicata, trascorsi appena dieci mesi (A. 529), colla dichiarazione che tutte le costituzioni in lei inserte, non meno che i rescritti riguardanti solo certe persone, avessero forza generalmente obbligatoria, e fuor di lei niuna costituzione valesse e si citasse in giudizio, a riserva unicamente dei privilegi conferiti con speciali sanzioni prammatiche a città, corporazioni, scrinii e dicasteri[2].

427. Giustiniano aveva dichiarato in questa notificazione, che il suo codice colla fusione degli scritti dei vecchi giureconsulti avrebbe pienamente soddisfatto alle bisogne giuridiche[3]. Ma a breve andare in quest'alleanza dell'antica giurisprudenza colla nuova collezione si scoprirono difficoltà e contraddizioni, che l'imperatore sulla proposta di Triboniano dovette sciogliere con decisioni a parte. Il numero di queste ascese in breve dappoi l'anno 529 a cinquanta, e furono separatamente pubblicate[4].

428. Frattanto Giustiniano si era pur fitto in pensiero di ordinare una nuova raccolta degli scritti dei giureconsulti. A questo fine egli diè (A. 530) a Triboniano, divenuto allora questore del palazzo, l'incarico di fare col concorso di dottori ed avvocati

(1) *Const. Hæc quæ necessario etc. de novo codice faciendo, Const. Summa reipublicæ* § 1. 2. *de Justinianeo codice confirmando.*

(2) *Const. Summa reipublicæ* § 3. 4. 5.

(3) *Ibidem* § 3.

(4) Ciò si arguisce dal modo, in cui l'imperatore vi si riferisce, § 3. J. *de libertin.* (1. 5), § 16. J. *de oblig. quæ ex delicto* (4. 1), *c. un.* § 10. C. *de caduc. tollend.* (6. 51), *Const. Cordi nobis* § 1. *de emendatione codicis.*

della città un compiuto estratto degli scritti degli antichi giureconsulti ancora in voga e aventi autorità nella pratica [5]. I passi estratti dovevansi distribuire in cinquanta libri e titoli a modo della nuova raccolta di costituzioni e dell'editto, riferir diligentemente le opinioni degli autori senza considerazione di persona, epperò tenendo anche conto delle note di Ulpiano, Paolo e Marciano a Papiniano, lasciare il superfluo, correggere il vizioso, appianare le contraddizioni, eliminar le ripetizioni e le disposizioni antiquate, fondere il tutto e riguardarlo come uscito di fresco dalla bocca dell'imperatore, e finalmente dare a tutta l'opera il nome di Digesti o Pandette [6]. Elettisi dall' imperatore al compimento di tale incarico sedici collaboratori di Triboniano [7], e datosi principio al lavoro, il numero degli scritti da farne lo spoglio apparve presso ai due mila volumi [8]. Onde procedere speditamente, si divisero in tre classi, e

(5) *Const. Deo auctore* § 2. 3. 4. C. *de veteri iure enucleando* (1. 17). Quivi l'imperatore fa per rapporto agli scrittori da compendiarsi una differenza tra quelli *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes præbuerunt*, e quelli, *quorum scripturæ nullis auctoribus receptæ nec usitatæ sunt*. Ciò si applica ai giureconsulti antichi, la cui autorità era pure stata riconosciuta e confermata nella legge citatoriale di Valentiniano (§ 421), per contrapposto alle opere degli scrittori più recenti. Una qualche difficoltà fa certamente il veder ancora estratti nelle Pandette due scrittori, Ermogeniano e Caristo, i quali vissero dopo Modestino, il più giovane dei cinque nella predetta legge enumerati. Ma queste sono eccezioni che si spiegano ponendo mente che appunto in questi scritti recenziori v'erano parecchie cose ancora in vigore, le quali mancavano negli anteriori.

(6) *Const. Deo auctore* § 5-14. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).

(7) *Const. Tanta* § 9. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).

(8) *Ibid.* § 1. 17. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).

nell'una si posero primi, come libri capitali, i commentarii di Papiniano a Sabino, nell'altra i commentarii di lui all'editto, nella terza i suoi scritti, assegnando poi a ciascuna in proporzione le altre opere men rilevanti. In correlazione a queste tre classi la commissione si formò in tre sezioni. Ogni sezione prese un dopo l'altro gli scritti di sua competenza, e quanto si trovava di acconcio per le pandette, ponevasi coll'indicazione del titolo dell'opera spogliata e del suo autore [9] sotto una rubrica, che s'improntava dal codice delle costituzioni, dall'editto [10] o dall'opera stessa presa ad esame. I frammenti che venivano così a trovarsi sotto una stessa rubrica, si riscontravano tanto col codice come fra di loro [11], si cancellavano le ripetizioni, toglievansi le contraddizioni, e giusta il contenuto degli spogli si operavano le trasposizioni per avventura necessarie. Dopochè le sezioni avevano rispettivamente compiuto un tal lavoro, si riunivano insieme per fare un tutto delle tre raccolte. A quest'effetto si pigliava per base in ciaschedun titolo la collezione che racchiudeva i migliori od anche il maggior numero di frammenti, si comparavano con essa le due raccolte minori, si sopprimevano le ripetizioni e contraddizioni, e s'intercalavano aggiunte, disposizioni più analoghe e proposizioni generali. Quello poi che delle raccolte minori non era stato cancellato o traslocato, s'in-

(9) *Const. Tanta* § 10. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).

(10) Perchè Giustiniano aveva formalmente rimandato al codice ed all'editto, *Const. Deo auctore* § 5. C. *de. veteri iure enucl.* (1. 17).

(11) Il confronto col codice costituzionale fu, per evitar ripetizioni, formalmente vietato, *const. Deo auctore* § 3. *const. Tanta* § 14. C. *de veteri iure enucl.* (1. 17).

seriva nella prima, in guisa però che il numero dei frammenti decidesse di nuovo qual fosse la collezione da collocar nel mezzo, e quale in fine del titolo. Non sembra che il lavoro delle Pandette siasi ulteriormente ritocco [12]. Con questo sistema sommamente acconcio ad accorciare l'ampio lavoro, si giunse a condurlo a termine assai prima che in origine non si fosse creduto, e il 16 dicembre dell'anno 533 la collezione veniva già pubblicata con due decreti dello stesso tenore, uno in latino e l'altro in greco [13]. Ella conteneva, secondo il prescritto, cinquanta libri, divisi però in sette parti [14], nelle quali si pigliarono evidentemente per base le condizioni dell'insegnamento [15]. Le ripetizioni ed i difetti, siccome inevitabili, dovevano scusarsi, ma di contraddizioni non se ne sarebbe rinvenuta alcuna [16]. Finalmente, acciò si potesse controllare il lavoro portato a termine, si pose in fronte ai Digesti un catalogo degli scritti, di cui si era fatto lo spoglio [17], e per ovviare ad ogni ulteriore incertezza del diritto, si vietò ai

(12) Io segno qui letteralmente i risultati delle sottili e convincenti combinazioni di Blume nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* vol. IV. Vedi pure EYSSENHARDT *Justinians Digesten*, Leipz. 1845. 8.

(13) *Const. Tanta* e *const.* Δέδωκεν *C. de veteri iure enucl.* (1. 17).

(14) *Const. Tanta* § 1-8.

(15) Questo punto è stato in molti modi illustrato da Hugo nella sua *Rechtsgeschichte* e nel suo *Lehrbuch der Digesten*.

(16) *Const. Tanta* § 14. 15. 16.

(17) *Ibid.* § 20. Codesto catalogo si è realmente conservato nel manoscritto fiorentino. Ma tante sono le inesattezze che vi si trovano, che non può appartenere all'età di Giustiniano.

giureconsulti severissimamente di commentarli, ed ai copisti di usare abbreviazioni e sigle [18].

429. Sin da quando commise la compilazione dei Digesti, Giustiniano volse pure il pensiero ad un nuovo trattato per l'insegnamento [19], ondechè diè ordine a Triboniano e a due altri antecessori di raccogliere separatamente le opere elementari anteriori, e compilarne, tenendo conto delle nuove costituzioni nell'intervallo emanate, un libro elementare corrispondente ai tempi, e che accennasse storicamente al giure antico [20]. Questo lavoro, compiuto mentre ancora si stava componendo i Digesti, fu ripartito, a somiglianza delle instituzioni di Gaio, in quattro libri, e fregiato dell'autorità di una costituzione imperiale [21], venne annunziato con una costituzione diretta alla gioventù studiosa e portante la data del 23 novembre 533 [22], e dichiarato al par dei Digesti pubblicati alcune settimane più tardi valido ed obbligatorio a far tempo dal 30 dicembre dello stesso anno [23]. In queste tre opere, il Codice, le Instituzioni e le Pandette doveva contenersi tutto il diritto positivo, e grave pena fu comminata a chi citasse in giudizio altre fonti di legge fuor di esse [24].

430. Ma questi lavori, come anche le nuove costituzioni uscite nell'intervallo ed in ispecie le cinquanta decisioni, avevano fatto sentire il bisogno di una nuova

(18) *Const. Deo auctore* § 12. 13, *Const. Tanta* § 21. 22.
(19) *Const. Deo auctore* § 11.
(20) *Const. Tanta* § 11, *Proœm. Instit.* § 2. 3. 4. 5.
(21) *Proœm. Instit.* § 3. 6, *const. Tanta* § 11.
(22) Ciò si fece colla *const. Imperatoriam*, che forma il *proœmium* delle instituzioni.
(23) *Const. Tanta* § 23. 24
(24) *Ibid.* § 12. 19.

elaborazione del codice. Un tale incarico venne pur dato a Triboniano ed a quattro suoi colleghi, e il 16 novembre del 534 codesto codice riveduto, e diviso a mo' del precedente [25] in dodici libri già era pubblicato, e vietato in pari tempo l'uso delle cinquanta decisioni, di altre costituzioni e del codice anteriore [26]. L'imperatore però si riservò formalmente di promulgare, quando fossero necessarie, altre costituzioni, da ridursi poi in collezione separata [27]. In effetto, molte ancora di tali novelle emanarono da Giustiniano, ma non furono raccolte di autorità del governo. Del resto, ritornata l'Italia dagli Ostrogoti all'impero romano, qui pure s'introdussero le Instituzioni, i Digesti, il Codice e le Novelle [28]. Giustiniano morì (A. 565) dopo un lungo ed operoso governo, degno veramente di tempi migliori.

451. Nello stesso giorno ond'è datato l'editto latino e greco di pubblicazione dei digesti, egli emanava un decreto indirizzato agli antecessori sul metodo d'insegnamento del diritto [29]. Questo metodo aveva prima per base gli scritti giuridici, che si leggevano e spiegavano. La durata degli studii era di cinque anni; ma i soli tre primi erano destinati a udir lezioni. Giustiniano mantenne questo

(25) Ciò dicono esplicitamente le *const. Tanta* § 1, *const. omnem reipublicæ* pr. Erra adunque Zimmern nel por questo in dubbio

(26) *Const. Cordi nobis etc. de emendatione codicis domini Justiniani.*

(27) *Const. Cordi nobis* § 4.

(28) *Pragmat. sanctio Justiniani pro petitione Vigilii* c. 11.

(29) *Const. omnem reipublicæ etc. de ratione et methodo iuris docendi ad antecessores.*

piano, ma vi sostituì le Pandette. Nel primo anno si aveva a leggere le instituzioni di Gaio e dopo queste quattro trattati speciali, cioè della dote, della tutela, dei testamenti e dei legati, il tutto a frammenti. Questi quattro trattati versavano sopra materie taciute quasi del tutto nell'editto, ed a cui per conseguenza si suppliva ne' suoi commentarii in altro modo e segnatamente colle opere di Sabino. Ma Giustiniano prescrisse pel primo anno le sue instituzioni, e dopo queste pel resto dell'anno la prima parte dei Digesti, cioè quattro libri come prima. Gli studiosi dovevano chiamarsi non più, per un soprannome di scherno, Dupondii, ma dal nome stesso dell'imperatore. Nel secondo anno si leggeva in addietro la prima parte del codice, sotto cui è da intendere indubitabilmente l'editto o meglio un suo commentario, oltre ad alcuni titoli della seconda parte sulla processura o della terza sulle cose, il tutto però con molte lacune ed arbitrarietà. Ma presentemente si doveva spiegare o la seconda parte dei Digesti, vale a dire il libro quinto sino al duodecimo inclusivamente, o la terza dal duodecimo al vigesimo, senza alcuna interruzione; oltrecciò, de' quattordici libri che vanno dal vigesimo terzo al trigesimo settimo, uno dei tre sulla dote, uno dei due sulle tutele e cure, uno dei due sui testamenti, ed uno dei sette sui legati e fedecommessi. Gli studiosi ritennero l'antico nome di Edittali. Nel terzo anno si riandava prima ciò che si era omesso della seconda o terza parte del codice, e quindi si passava ai responsi di Papiniano. Ora all'incontro si spiegava la terza o seconda parte sopravanzata nel secondo anno

e i tre primi libri della parte quarta. Gli studiosi conservarono il nome di Papinianisti, e la festa solenne usi a celebrare entrando nel terzo anno; oltrecciò si stabilì in onore di Papiniano, che tutti i titoli del vigesimo libro incominciassero con un suo frammento. Nel quarto anno in cui gli studiosi studiavano da sè come Liti o dispensati i responsi di Paolo, si dovevano riandar di continuo i dieci libri dei diciassette che formano la quarta e quinta parte dei Digesti, e che si erano trasandati nel secondo e terzo anno. Così, e fino al fine del trigesimosesto libro, si attendeva in tempo di studio ai Digesti. Nel quinto anno finalmente, in cui gli studenti si chiamavano Proliti, era loro inculcato lo studio delle costituzioni. Del resto quest'ordinamento non vigeva che nelle due metropoli ed in Berito; in tutte le altre città l'insegnamento pubblico del Diritto era sotto pena vietato. Ma di quel tempo Roma non ubbidiva più a Giustiniano, e Berito venne distrutta, regnante lui stesso, dal terremuoto e dall'incendio.

432. Ad onta però di tutte queste ordinazioni la reazione esercitata dai lavori di Giustiniano non fu per nulla giovevole alla scienza. Coi Digesti cessò intieramente l'uso delle opere originali ivi trasfuse; elle caddero in dimenticanza, e la pergamena su cui erano vergate fu volta ad altri usi. Il divieto di commentare i digesti non lasciò altra libertà che di spiegazioni di vocaboli, traduzioni, paratitli, esemplificazioni e confronti. E di questo genere furono i commenti ai Digesti ed alle istituzioni dell'antecessore Teofilo di Costantinopoli, uno dei collaboratori in quelle opere, e specialmente nella

seconda [30], non che le lezioni per esso date sopra quest'ultima, delle quali si conservò il dettato [31]. Come scrittori di tal genere sono pur menzionati Doroteo, antecessore in Berito ed altro collaboratore, e Stefano, Cirillo, Taleleo, Teodoro, Anatolio, Isidoro e Foca, i quali spiegarono i digesti, il codice e le novelle con traduzioni letterali o perifrasi, scolii e registri [32]. Quanto alle novelle, ne uscì, vivente lo stesso Giustiniano, una privata raccolta di 125, della quale Giuliano compilò un estratto in lingua latina [33]. Ma la forza creatrice era spenta, e se la scienza del diritto non declinò maggiormente, ne andò debitrice allo spirito della giurisprudenza antica, che ancor trapelava ne' frammenti, e che noi stessi rimpiangiamo.

(30) Ciò si vede dagli Scolii alle Basiliche che a lui si riferiscono. I passi trovansi raccolti in TEOPHILI *paraphr.* ed. Reitz. T. II. p. 944-57.

(31) La migliore edizione è: *Θεοφιλου Αντικηνσορος τα εὐδωκομενα* — ed. G. O. Reitz. Hagæ Comit. 1751. II. vol. 4.

(32) Questi giureconsulti non ci son noti in sostanza che per gli Scolii alle Basiliche. Le cose degne in questi di considerazione sono raccolte e spiegate in TEOPHIL. ed. Reitz. T. II. p. 1234-46. Alcuni veri frammenti ne sono raccolti: *Thalelæi, Theodori, Stephani, Cyrilli aliorumque Ictorum græcorum commentarii* — ed. D. Ruhnken. (in MEERMANN. *Thesaur.* T. III. p. 1. T. V. p. 1).

(33) Questi particolari sono stupendamente trattati da F. A. BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians.* Berlin 1824. 8.

LIBRO TERZO

STORIA DEL DIRITTO PRIVATO.

CAPITOLO I.

NOZIONI GENERALI.

433. Secondo le idee sistematiche dei Romani ogni diritto mira od alle persone, od alle cose, od alle azioni[1]. In questa divisione e' comprendevano probabilmente tanto il diritto privato, che il pubblico[2]; ma nel trattare partitamente la materia si restrinsero al primo, e del pubblico diritto accennarono solo quel tanto che convergeva al privato. Usi a tutto riferire allo Stato, essi non potevano stabilire fra l'uno e l'altro un limite preciso. In mezzo però alla dottrina delle cose e delle azioni stà nei loro sistemi la teoria delle obbligazioni, cosicchè par dubbio, se queste appartengano alla seconda ovvero alla terza parte. La prima opinione ha per sè, che un credito fa parte del patrimonio non altrimenti di cosa corporea[3], e che in Gaio dopo la dottrina delle cose trattata

(1) GAJUS I. 8. § 12.J. *de iure natur.* (1. 2).

(2) Ne dà una prova THEOPHIL. I. 3. pr., il quale per spiegare l'idea del diritto personale, toglie esempi dal diritto pubblico. Nelle instituzioni di Marciano era pure trattato il diritto penale.

(3) *Fr.* 1. § 1. D. *de divis. rer.* (1. 8), § 2. J. *de reb. incorpor.* (2. 2).

da lui nel secondo e terzo libro, v'ha nello stesso libro terzo la dottrina delle obbligazioni, e quindi in un libro a parte quella sola delle azioni. L'altra opinione all'incontro muove dalla ragione, per altro non troppo soddisfacente, che in sostanza la natura dell'obbligazione involge il diritto ad agire[4], e che, giusta le idee romane, ogni azione, qualunque ne fosse l'origine e la materia, produceva per litiscontestazione e condanna un' obbligazione. Varii ponno adunque essere in ciò i giudizi; ma a chi ben vi guarda, la quistione qual delle due opinioni di Gaio e delle Instituzioni abbia miglior fondamento, parrà di poco rilievo. Ponendo le obbligazioni fra le cose, la prima parte viene a trattare dei subbietti dei diritti, la seconda dei loro obbietti, e la terza del modo di esercitarli in giudizio.

434. Tutti i diritti che può aver un uomo si fondano sovra un triplice presupposto: sul godimento della libertà, sul cittadinatico e sull'aderenza ad una famiglia[5]. Il possesso di queste tre proprietà riconosciuto e guarentito dal diritto civile costituiva il Capo

(4) A questa ragione si appoggia THEOPHIL. III. 14. pr. IV. 6. pr., il quale pone senz'altro le obbligazioni nella terza parte. Ma una tal ragione non è decisiva, poichè nella parte delle azioni non solo si trovano azioni nascenti da obbligazioni, ma eziandio azioni reali ed altre.

(5) Fr. 11. D. *de capite minut.* (4. 5). *Tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam.* I moderni ne hanno formato le espressioni tecniche *status libertatis*, *civitatis* e *familiæ*. Ma elle sono antiromane, come lo dimostra SAVIGNY *System* II. *Beilage* VI. Quanto all'idea fondamentale della *libertas* e *civitas*, è singolare l'opinione emessa da VANGEROW *liberti Juniani* § 14, *Leitfaden für Pandektenvorles.* 1. 61. Egli dice che schiavo era colui, del quale un altro aveva la proprietà, libero quello che aveva in proprietà se stesso. Se quest' ultima era proprietà quiritaria, si era *civis*; se naturale, si avevano soltanto i diritti del *ius gentium*. Ma

(*caput*) d'un uomo [6]. Esso poteva quindi subire una triplice diminuzione [7]; la massima, che era la perdita della libertà, e con lei d'ogni capacità giuridica; la media, che era la perdita della cittadinanza, non però della libertà; e la minima che consisteva in un semplice mutamento di famiglia [8]. Di questi tre stati il terzo verrà descritto nella teorica della famiglia, e gli altri due saranno l'argomento del presente capitolo.

435. La libertà traeva pure origine presso i Romani dal diritto naturale [9]; ma perchè avesse effetti giuridici positivi conveniva che fosse una libertà riconosciuta dallo Stato romano [10]. Questa si acquistava per nascita e per manumissione operata nelle debite forme. A tutela di lei vi era fra le altre cose un interdetto speciale pretoriano [11]. Si perdeva a titolo di pena in varii casi [12], non che, giusta le massime del vecchio diritto internazionale, quando un Romano ca-

con ragione si dichiarano contro questa teoria PUCHTA *Institutionen* II. § 218, BÖCKING *Institutionen* I. § 33.

(6) *Caput* in questo senso è vocabolo antico che sovente occorre in Cicerone.

(7) L'espressione *capite se diminuere* già si trova in CIC. *Topic.* 4., FESTUS *v. deminuere.*

(8) GAJUS I. 159-62; ULPIAN. XI. 10-13, *fr.* 11. D. *de capite minut.* (4. 5), pr. § 1. 2. 3. J. *de capit. deminut.* (1. 16).

(9) *Fr.* 4. D. *de iustitia* (1. 1).

(10) Ond'è, che il peregrino appartenente a un popolo con cui non esisteva trattato, era eslege sul territorio romano (§ 70). La distinzione tra la libertà puramente fattizia e la quiritaria si trova anche nella dottrina della manumissione. Molti passi alludono pure a tal distinzione, CIC. *pro Cæcina* 33, *adv. Rullum* II. 27; SENECA *nat. quæst.* III. *præf.*

(11) *Interdictum de libero homine exhibendo*, PAUL. *sent. rec.* V. 6. § (1. 4, *fr.* 1. 2. 3. pr. *de homine libero* (43. 29).

(12) Se ne parlerà nella dottrina della schiavitù.

deva prigione di un popolo nemico o affatto estraneo[13]. Se però ritornava, aveva luogo il diritto di poslimi-nio, cioè una finzione giuridica, per cui si considerava come non stato prigione[14]. Venendo riscattato da un Romano con danaro, usciva di schiavitù, ma rimaneva qual pegno nel potere del compratore, e l'idea del posliminio si realizzava soltanto all'epoca del rimborso del prezzo di riscatto[15].

456. Il cittadinatico si acquistava in tre modi: per origine, per collazione e per manumissione. Quest'ultimo modo non si può far chiaro che per via di altre disposizioni, le quali sono oggetto del capitolo terzo. Il cittadinatico si poteva acquistar per origine, o perchè tramandato dal padre, o perchè comunicato colla nascita dalla madre. Non si poteva dir tramandato che quando il padre stesso lo aveva nel punto della generazione posseduto[16], e fra questi e la madre aveva esistito un matrimonio con connubio, avvegnachè il principale effetto del connubio si era di dare ai figli la condizion del padre[17]. Il cittadinatico si riceveva per nascita dalla madre quando questa aveva generato come cittadina romana da un matrimonio senza

(13) *Fr.* 5. § 1. 2. D. *de captiv.* (49. 15). Egli subiva una *capitis deminutio*, CÆSAR *de bello civ.* II. 32.

(14) CIC. *Topic.* 8; FESTUS *v. postliminium*, GAJUS I. 129, *fr.* 4. 5. 12. 16. 19. D. *de captiv.* (49. 15), § 5. J. *quib. mod. patr. potest. solvit.* (1. 12).

(15) *Fr.* 20. § 1. D. *qui testam. facere* (28. 1), *fr.* 3. § 3. D. *de homine libero* (43. 29), *fr.* 15. 19. § 9. *fr.* 21. D. *de captiv.* (49. 15), *c.* 2. 6. C. *de postlim. revers.* (8. 51), *c.* 2. § 1. C. Th. *de postlim.* (5. 5).

(16) GAIUS I. 89; ULPIAN. V. 10.

(17) GAJUS I. 56. 57. 67. 80; ULPIAN. V. 8, *fr.* 19. D. *de statu homin.* (1. 5). Quindi se la madre era latina o peregrina conveniva che al matrimonio fosse particolarmente assicurato il connubio; diversamente i figli non erano romani.

connubio od in vago congiungimento; poichè non si potendo per vincolo semplicemente naturale trasmettere od acquistare stato quiritario, come la cittadinanza, il figlio seguiva, secondo la regola naturale, lo stato della madre, cioè quello ch'essa aveva al tempo del nascimento [18]. L'applicazione però di questa regola tornava difficile nel caso che una Romana fosse avvinta a un peregrino in matrimonio pel quale non avesse ottenuto il connubio; ondechè la legge Mensia stabilì che in tal caso il figlio fosse peregrino [19]. Questa legge comprese pure fra i peregrini gli abitanti delle colonie latine artificiali [20]. Ma dopochè Romani e provinciali si trovarono generalmente in più intimo contatto, un senatoconsulto dei tempi di Adriano mutò il principio, e stabilì, che i figli nati dal matrimonio di una Romana con un peregrino, non altrimenti che fosse tra i due connubio, seguissero lo stato del padre per legittima procreazione, e così non più a ragione di quella legge [21]. Analogamente a ciò, se una peregrina avvinta a un peregrino aveva concepito, ma acquistato la cittadinanza prima del parto, il figlio non nasceva più romano, ma restava peregrino qual era stato generato [22].

437. Il cittadinatico si acquistava per collazione quando da individui [23], quando da intieri Stati fore-

(18) Cic. *Topic.* 4; Gajus I. 67. 80. 88-92; Ulpian. V. 8. 9. 10, *fr.* 24. D. *de statu homin.* (1. 5).
(19) Ulpian. V. 8; Gajus I. 78. L'esistenza però della legge Mensia è impugnata da Puchta *Institutionen* II. § 217. nota *h*.
(20) Gajus I. 79. Vedi § 230. 299.
(21) Gajus I. 77.
(22) Gajus I. 92.
(23) V. § 93. 331.

stieri, or con suffragio, ed ora no[24]. Si l'una, che l'altra dipendeva dal volere del popolo, e più tardi dell'imperatore. Gli antichi Latini però, e più tardi gli abitanti degli Stati latinizzati acquistavano anche il cittadinatico di pien diritto mercè di certi fatti[25]. Analoghi privilegi si compartirono ai libertini che, giusta le disposizioni della legge Giunia, avevano acquistato non la cittadinanza, ma la latinità artificiale[26]. Ma di ciò per maggior chiarezza diremo in proposito della manumissione. Se il peregrino legato in matrimonio ad una cittadina romana acquistava la cittadinanza, il figlio da lui generato come peregrino, ma ancor non nato, nasceva cittadino; lo stesso aveva luogo quando uno congiuntamente alla moglie incinta otteneva la cittadinanza[27]. Queste due regole sembrano fondate sopra disposizioni positive; la prima almeno ripugna al punto di vista adottato nel senatoconsulto Adrianeo[28].

438. Il cittadinatico si perdeva allorchè il cittadino veniva in pena espulso dallo Stato o deportato[29]. Ciò però non influiva sui figli già generati come cittadini. Quindi ancora, se la donna che aveva concepito in legittimo matrimonio, perdeva il cittadinatico prima del nascere del figlio, questi nasceva non pertanto cittadino[30]. Il cittadinatico inoltre si per-

(24) V. § 85. 96. 197. 198. 241. 243. 300.
(25) V. § 213. 215. 230. 299.
(26) V. § 333.
(27) Gajus I. 92. 94.
(28) V. la nota 21.
(29) Gajus I. 128. 161, *fr.* 10. § 6. D. *de in ius voc.* (2. 4). § 2. J. *de capit. deminut.* (1. 16). Di ciò si parlerà ancora nel Diritto penale.
(30) Gajus I. 90, *fr.* 18. D. *de statu homin.* (1. 18).

deva coll'emigrazione in paese straniero, benchè federato[31], epperò col fissar domicilio in una colonia latina[32], (essendo massima fondamentale che un Romano non potess'essere contemporaneamente cittadino di due Stati[33]), e col posliminio, cioè quando un prigioniero di guerra che presso i Romani aveva asseguito il cittadinatico per manumissione, voleva ritornare a' suoi[34]. Finalmente il Romano incorreva pure la perdita del cittadinatico se veniva dal proprio padre venduto fuor di paese[35], o giusta il rito internazionale consegnato dai Feciali[36]. Solo si disputava in quest'ultimo caso se la cittadinanza fosse perduta appena conchiusa la dedizione, ovvero dopo la fattane accettazione[37]. Ma, incorsa una volta la perdita, non aveva luogo come nel primo caso il posliminio[38].

439. Ad accertare lo stato civile, per quanto la sua cognizione importava allo Stato, si faceva uso, dappoi Servio Tullio, delle liste censuali dei cittadini[39], libertini[40] ed erarii[41]; più tardi poi degli stessi ruoli d'imposta[42]. Ma sin da principio vi dovette esservi per ogni gente un catalogo de' suoi membri; ed anche

(31) Cic. *pro Balbo* 11.
(32) V. § 209.
(33) Cic. *pro Cæcina* 34, *pro Balbo* 11.
(34) Cic. *pro Balbo* 11. 12; *de orat.* I. 40, *fr.* 5. § 3. D. *de captiv.* (49. 15).
(35) Cic. *pro Cæcina* 34.
(36) V. § 71. 74.
(37) Cic. *de orat.* 1. 40; *Topica* 8, *fr.* 17. D. *de legation.* (50. 7).
(38) Cic. *de orat.* I. 40.
(39) V. § 26. 27. 164. 244. 304. 305.
(40) V. § 26. 100.
(41) V. § 98. 99.
(42) V. § 303.

Servio Tullio stabilì un mezzo per avere annualmente dalle tribù rurali ed urbane uno specchio almeno approssimativo della popolazione plebea[43]. A questo si collega la registrazione che più tardi si fece dei decessi al tempio di Libitina[44]. Ma sotto gl'imperatori, per evitare odiose contestazioni sullo stato delle persone, s'impose alle autorità locali l'esatta tenuta di registri di nascita[45]. Quanto al modo di trattare siffatte quistioni di stato si dirà nel libro della processura.

440. Nel sistema di Gaio e delle Instituzioni, la trattazione del diritto delle persone incomincia dallo stabilire la differenza tra liberi e servi colla relativa dottrina dei manomessi. Parlasi in seguito dei rapporti di podestà, e per fine della tutela e cura. Ma questa distribuzione è incompiuta; le relazioni segnatamente di famiglia in sè considerate non vi hanno sede, ma sono solamente indicate come titolo d'origine di una relazione di potestà, od in proposito della cessazione di questa. Per tutto adunque comprendere, noi tratteremo in primo luogo della schiavitù, della manumissione e del diritto di patronato che nel sistema romano è toccato soltanto di volo; poi dei rapporti di podestà sopra liberi, delle relazioni di famiglia in sè considerate, e finalmente della tutela e della cura.

(43) Dionys. iv. 15.
(44) Sueton. *Nero* 19.
(45) V. § 305.

CAPITOLO II.

STATO DEGLI SCHIAVI.

441. Secondo l'uso generale dell'antichità[1], uso che si connette al diritto allora vigente di guerra[2], v'ebbe sin dalla prima età presso i Romani un ceto ereditario di schiavi. I costumi avevano generalmente fatto di costoro una cosa tutta propria del padrone, per modo che lo Stato nè s'ingeriva, nè s'interessava all'esser loro. Perciò e' non avevano sopra di sè che il padrone, e questi non rispondeva del lor trattamento che alla sua coscienza. Da un tal principio il diritto positivo dei Romani traeva colla stringata dialettica tutta lor propria la conseguenza che chi è nell'arbitrio di un altro e l'oggetto per conseguenza dell'altrui illimitata volontà, non è in senso giuridico una persona. L'imperio che su di lui si avea coincideva coll'idea di proprietà[3]; egli poteva essere venduto[4], punito nella vita[5], e volendo convenire il padrone in giudizio non gli si dava ascolto[6]. Egli

(1) *Fr.* 4. D. *de iustit.* (1. 1), *fr.* 4. D. *de statu homin.* (1. 5), Gajus i. 52.

(2) V. § 73.

(3) *Fr.* 215. D. *de verb. sign.* (50. 16), Gaius i. 54. Savigny *System* i. § 55 vuol distinguere nello schiavo *dominium* e *potestas* come due cose affatto diverse; ma questa distinzione a me non sembra fondata.

(4) Con quanta crudeltà lo facesse Catone, dice Plutarch. *Cato mai.* 8. Concorda Cato *de re rust.* 2.

(5) Gajus i. 52. Esempi di una fustigazione fino alla morte e di una castrazione fatta operar dal padrone sopra i suoi schiavi si hanno in Dionys. vii. 69; Plutarch. *Cato mai.* 21; Appian. *de bello civ.* i. 98.

(6) *Fr.* 53. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 7. D. *de l. Cornel. de fals.* (48. 10).

era specialmente escluso dalla tutela e dalla comunione del diritto[7]; perlochè fra servi e con servi non esisteva matrimonio, ma un contubernio fattizio[8].

442. Tale non era certamente la lor condizione nel mondo morale e in faccia agli Dei. A' tempi dei vecchi e buoni costumi essi erano per lo più mantenuti, sedevano col padrone alla stessa mensa, servivano da pedagoghi e da compagni a' suoi figli, e pigliavano parte come membri della famiglia alle vicende domestiche[9]. Il padrone di casa che malmenava i suoi servi, o li lasciava perir di fame, era punito dai censori come cattivo cittadino[10]. La religione, influendo sui costumi, spirava altresì propizia al loro stato. Essi avevano ai Saturnali piena libertà e comunanza di tavola col padrone[11]; ai Compitali essi stessi celebravano, come liberi, i sacrifizi[12]. La sepoltura di uno schiavo rendeva pur religioso il luogo dell'interramento[13].

443. Tutte queste cose influirono col tempo sul diritto positivo. E' si riconobbe che, giusta la ragion naturale, lo schiavo non lascia d'essere un uomo eguale agli altri[14]. Una legge pretoriana, uscita forse nel vivente d'Augusto, e parecchi sena-

(7) *Fr.* 3. D. *de capit. minut.* (4. 5), *fr.* 20. § 7. D. *qui testam. fac.* (28. 1), *fr.* 7. D. *de l. Cornel. de fals.* (48. 10), *fr.* 32. D. *de regul. iur.* (50. 17).

(8) PAUL. *sent. rec.* II. 19. § 6, *c.* 3. C. *de incest. nupt.* (5. 5). Quanto il padrone lo tenesse per fattizio, dice VARRO *de re rust.* I. 17, 5.

(9) PLUTARCH. *Coriolan.* 24, *Cato mai.* 3. 20. 21, MACROB. *Saturn.* I. 7. 10. 11; PLINIUS *hist. nat.* XXXIII. 6. (1).

(10) DIONYS. *fragm.* XX. 1. ed. Mai.

(11) MACROB. *Saturn.* I. 7. 10. 11; CATO *de re rust.* 57 (58).

(12) DIONYS. IV. 14; CATO *de re rust.* 5.

(13) *Fr.* 2 pr. D. *de religios.* (11. 7).

(14) *Fr.* 32. D. *de regul. iur.* (50. 17).

toconsulti vietarono, sotto pena, che si vendesse di proprio arbitrio uno schiavo, benchè meritevole di castigo, pel combattimento colle bestie[15]. In questo senso fu poi quasi generalmente vietato di punir nel capo uno schiavo senza il consenso del maestrato[16]. L'uccisione arbitraria[17], fuor dei casi dalla legge contemplati[18], e la castrazione[19] furono dichiarati misfatti pubblici, e si die' querela agli schiavi presso i maestrati per trattamenti inumani, insufficienza di vitto, e voglie disoneste[20]. Nelle alienazioni s'introdusse l'umano divieto di non disgiungere i più prossimi parenti[21]. Più tardi si vietò pure del tutto la separazione dal fondo degli schiavi addetti alla gleba e con essa inscritti sui ruoli d'imposta[22]. Quanto ai loro matrimonii continuò a sussistere l'antico diritto, per cui per essi e fra essi non

(15) *Fr.* 11. § 1. 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *fr.* 42. D. *de contrah. emt.* (18. 1). Ne dà un esempio Gellius v. 14.
(16) Spartian. *Hadrian.* 18.
(17) Sueton. *Claud.* 12; Gajus i. 53, *fr.* 1. § 2. D. *de his qui sui* (1. 6), § 2. J. *de his qui sui* (1. 8), *fr.* 1. § 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *c.* 1. C. *de emend. servor.* (9. 14).
(18) *Fr.* 24. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), *fr.* 1 § 4. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8). A tali casi si applicano i *fr.* 53. § 3. D. *de legat.* i. (30), *fr.* 96. D. *de verb. obl.* (45. 1). Anche in caso di adulterio non colto in flagranti il padrone doveva muovere un'accusa giudiziaria, *fr.* 5. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 1. § 5. D. *de off. præf. urb.* (1. 12). Altra interpretazione dà del primo passo Geib *Röm. Criminalprocess* p. 460.
(19) Sueton. *Domit.* 7, *fr.* 3. § 4. *fr.* 4. § 2 *fr.* 6. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Paul. *sent. rec.* v. 23. § 13.
(20) Seneca *de benef.* iii. 22, *fr.* 1. § 8. D. *de off. præf. urb.* (1. 12), Gajus i. 53, *Collat. leg. Mosaic.* iii. 3, *fr.* 1. § 2. *fr.* 2. D. *de his qui sui* (1. 6), § 2. J. *de iis qui sui* (1. 8).
(21) *Fr.* 35. D. *de ædilit. edict* (21. 1), *c.* 11. C. *comm. utr. iudic.* (3. 38).
(22) C. 7. C. *de agricol.* (11. 47).

poteva commettersi adulterio[23]; ma d' altra parte le parentele nascenti dalle loro unioni si considerarono, dopo la manumissione, come impedimenti matrimoniali[24].

444. In faccia ai terzi gli schiavi erano anche trattati nel diritto civile sotto un punto di vista misto di reale e di personale. Nelle offese loro recate si guardava in primo luogo all'interesse personale o pecuniario del padrone. A ciò si riferivano le azioni private spettanti al padrone per l'uccisione o lesione del suo schiavo[25], per mali trattamenti ad esso fatti[26], per incitamento datogli a male azioni[27], e per la seduzione in ispecie d'una schiava celibe o vivente in contubernio[28]. Ma quanto all'uccisione era data la stessa azione criminale ordinaria che per l'omicidio di un libero[29], e l'insulto od infamazione si puniva non solo per l'affronto fatto al padrone, ma anche a volontà dello schiavo[30], epperò in quanto si riconosceva in lui la qualità d'uomo. Un motto ingiurioso od un cazzotto ordinario andavano certamente impuniti[31], e qui era che nello stesso vivere

(23) *Fr.* 6. pr. D. *ad l. Jul. de adulter.* (48. 5), c. 23. 24. C. *ad l. Jul. de adulter.* (9. 9).
(24) *Fr.* 14. § 2. 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2), § 10. J. *de nupt.* (1. 10).
(25) Gaius III. 210. 217.
(26) Gajus III. 223, *fr.* 15. § 34. 35. D. *de iniur.* (47. 10), § 3. J. *de iniur.* (4. 4).
(27) *Fr.* 1. D. *de servo corrupto* (11. 3).
(28) *Fr.* 25. D. *de iniur.* (47. 10), *fr.* 6. pr. D. *ad l. Jul. de adulter.* (48. 5), Paul. *sent. rec.* I. 13. § 6.
(29) *Fr.* 23. § 9. *ad. l. Aquil.* (9. 2), *fr.* 1. §. 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Gajus III. 213, § 11. J. *de lege Aquil.* (4. 3).
(30) *Fr.* 15. § 35. 44. D. *de iniur.* (47. 10).
(31) *Fr.* 15. § 44. D. *de iniur.* (47. 10), § 3. J. *de iniur.* (4. 4).

comune si palesava la gran differenza tra lo schiavo e il libero cittadino.

445. Riguardo ai beni, lo schiavo, per natural conseguenza del principio adottato, nulla poteva aver in proprio, ma, come strumento del padrone, tutto per esso acquistava [32]. In fatto però la cosa era ben diversa. Gli schiavi, onde i ricchi Romani contavano spesso un numero sterminato [33], non solo si adoperavano in bisogne volgari, ma come artigiani, artisti, scrivani, economi, procuratori, agenti d'affari, strioni, declamatori, chirurghi, medici e precettori di casa; e spesso, collo studio e col risparmio [34], non che coi prestiti che il padrone faceva loro nel proprio interesse [35], giungevano ad acquistare una fortuna da amministrare in proprio. Stando al diritto, questo peculio era pur sempre di proprietà del padrone [36], il quale poteva a suo talento rivendicarlo [37]. Ma in fatto rado ciò accadeva; che anzi usavasi promettere la libertà agli schiavi, quando avessero portato il loro peculio ad una data somma [38]. I buoni padroni facevano di ciò, morendo, l'oggetto di una disposizione [39], e, nella manumissione almeno fatta tra vivi, lo stesso diritto positivo teneva il peculio come donato, se non si era espressamente ri-

(32) Gaius I. 52. II. 86-89. 91-95.
(33) Tacit. *ann.* III. 53. XIV. 43. 44; Athenæus VI. 7; Seneca *de tranquill. vitæ* c. 8; Plin. *hist. nat.* XXXIII. 47 (10).
(34) *Fr.* 39. D. *de peculio* (15. 1).
(35) Plutarch. *Cato mai.* 21.
(36) *Fr.* 37. § 1. D. *de acquir. rer. domin.* (41. 1), pr. J. *quib. non permitt.* (2. 12).
(37) *Fr.* 8. D. *de peculio* (15. 1).
(38) Dionys. IV. 24; Tacit. *ann.* XIV. 42.
(39) Plinius *epist.* VIII. 16.

servato[40]. Con questo peculio potevansi intavolar tra lo schiavo ed il padrone o membri della sua casa prestiti ed altri affari[41]; che se da essi non nasceva una obbligazione giuridica proseguibile in giudizio[42], ne risultava però nel senso naturale un debito[43]. Quindi, se il padrone dopo la manumissione avesse allo schiavo spontaneamente pagato, non era ammesso a ripetere il pagato per indebito[44]; il debito poi dello schiavo verso il padrone non solo si diffalcava quando il peculio si doveva ripartir fra i creditori[45], ma poteva ingenerare, ove lo schiavo desse per mallevadore un libero od un manomesso, un'obbligazione civile[46].

446. La concessione di un peculio involgeva per lo schiavo una tacita autorizzazione di far debiti all'avvenante. Perciò il diritto pretoriano dava a' terzi in via di equità contro il padrone un' azione a pagamento[47] che nel caso di morte, alienazione o manumissione dello schiavo doveva secondo l' espressa disposizione dell' editto, esercitarsi dentro l'anno[48]. Il padrone però era autorizzato a prelevare innanzi a tutti quello ch'egli stesso avesse da esigere dallo schiavo[49], perchè generalmente aveva qui la prefe-

(40) *Fragm. Vatic.* § 261, *fr.* 53. D. *de peculio* (15. 1), c. *un.* C. *de peculio eius* (7. 23), § 20. J. *de legat.* (2. 20).
(41) *Fr.* 49. § 2. D. *de peculio* (15. 1).
(42) GAJUS IV. 78, SENECA *de benef.* III. 19.
(43) *Fr.* 19. § 4. D. *de donat.* (39. 5).
(44) *Fr.* 64. D. *de cond. indeb.* (12. 6).
(45) *Fr.* 5. § 4. *fr.* 9. § 2. D. *de pecul.* (15. 1).
(46) GAJUS III. 119, § 1. J. *de fideiuss.* (3. 20).
(47) GAJUS IV. 73, § 4. J. *quod cum eo* (4. 7), *fr.* 1. 4. D. *de peculio* (15. 1).
(48) *Fr.* 1. D. *quando de peculio* (15. 2).
(49) *Fr.* 1. § 2. D. *de tribut. act.* (14. 4), *fr.* 5. § 4. *fr.* 9. § 2. 3. 4. *fr.* 11. § 2. D. *de peculio* (15. 1).

renza chi primo si faceva sentire[50]. Uno schiavo contava spesso nel suo peculio altri schiavi che frequentemente avevano pure peculii lor proprii[51]. Ma questi facevano parte del peculio principale, e stavano a guarentigia de' costui debiti, e così anche degli stralci che il padrone aveva a fare[52]. Del rimanente, quando lo schiavo aveva col suo peculio esercitato un commercio a scienza del padrone, il costui diritto subiva una modificazione. Avverandosi infatti uno stato di passività, i suoi crediti non erano privilegiati, ma doveva distribuire in parti eguali fra tutti i creditori, sè compreso, l'attivo restante, e lo si poteva per ingiusto riparto convenire coll' azione tributoria[53].

447. Ma gli schiavi erano ancora adoperati nel vivere civile in altro modo, e l'editto die' anche in proposito le opportune disposizioni. Il padrone dava soventi ad uno de' suoi schiavi l'incumbenza di conchiudere per suo conto un negozio; ed in allora nasceva un'azione diretta contro il padrone[54]. Non di rado uno preponeva un suo schiavo al governo di una nave da carico o come fattore ad un negozio o ramo d'affari; ed in tal caso lo si poteva convenire per gli affari da questi conchiusi coll' azione esercitoria od institoria[55]. Finalmente accadeva che uno schiavo

(50) *Fr.* 10. 21. pr. D. *de peculio* (15. 1).

(51) Costoro si chiamavano *servi vicarii* per contrapposto ai *servi ordinarii*.

(52) *Fr.* 17. D. *de peculio* (17. 1), Theophil. iv. 7. § 4.

(53) Gajus iv. 72, § 3. J. *quod cum eo* (4. 7), *fr.* 1. 7. D. *de tribut. act.* (14. 4).

(54) Gajus iv. 70, *fr.* 1. D. *quod iussu* (15. 4), § 1. J. *quod cum eo* (4. 7).

(55) Gajus iv. 71, § 2. J. *quod cum eo* (4. 7), *fr.* 1. D. *de exercit. act.* (14. 1), *fr.* 1. 3. 5. D. *de instit. act.* (14. 2).

avesse, ad inscienza del padrone, ma per conto e nell'interesse di lui, stretto un negozio; e in questo caso si poteva per la concorrente almeno dell'utile ritrattone azionar il padrone [56].

448. In tutti questi casi il padrone restava obbligato dal fatto dello schiavo, perchè questi aveva agito coll'espressa o tacita approvazione di lui e come suo strumento. Ma ben poteva accadere, che lo schiavo imprendesse arbitrariamente da sè un negozio [57]. In tal caso il credito che ne nasceva rimaneva di assoluta proprietà del padrone [58]; ma i debiti non lo toccavano, perchè l'uom libero si poteva solo obbligare per volontà propria, non d'altri. L'obbligazione che pur ne nasceva contro lo schiavo era meramente naturale [59], nè anche fatta la manumissione poteva prodursi in giudicio [60]. I fideiussori però e i pegni dati erano validi [61].

449. I reati degli schiavi si punivano a norma delle seguenti regole. I reati e i danni recati in casa si punivano dal padrone con un castigo adeguato [62], che pei gravi misfatti poteva estendersi ne' primi tempi sino alla morte, ch'ei faceva dare dagli altri suoi schiavi [63]. Più tardi per la pena di morte egli doveva ricorrere a' maestrati [64]; ma gli altri mezzi

(56) Gajus iv. 73. 74, § 4. 5. J. *quod cum eo* (4. 7), *fr.* 1. D. *de in rem verso* (15. 3).
(57) Di ciò tratta Savigny *System* ii. § 65 e *Beilage* iv.
(58) § 1. J. *de stipul. servor.* (3. 17).
(59) Gajus iii. 119, *fr.* 14. D. *de oblig.* (44. 7).
(60) Paul. *sent. rec.* ii. 13. § 9, c. 1. 2. C. *an servus* (4. 14).
(61) *Fr.* 13. pr. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 21. § 2. D. *de fideiuss.* (46. 1).
(62) Cato *de re rust.* 5.
(63) Dionys. vii. 69; Plutarch. *Cato mai.* 21.
(64) Vedi § 443.

di punizione rimasero in sua balìa [65]. Di qui nacque che un delitto dello schiavo contro il suo padrone non ingenerava mai un'obbligazione, perchè lo stesso padrone poteva farne risentimento [66]. Ma il delitto commesso da uno schiavo contro un terzo dava origine contro di lui ad un' obbligazione perfettamente azionabile, non efficace però che nel caso di manumissione [67]. Ma contro il padrone aveva luogo un'azione nossale, per cui egli doveva o dare un'indennità o abbandonar lo schiavo [68]. Quest'abbandono si operava nelle solite forme di traslazione della proprietà quiritaria [69]. Se il padrone non contraddiceva all'azione, l'attore sopra comandamento del pretore traeva seco lo schiavo, e ne acquistava la proprietà pretoriana [70]. Lo schiavo però, se aveva riparato il danno, poteva agire a manumissione [71]. I crimini contro terzi o contro la vita del padrone erano di azione pubblica [72]; ma l'esecuzione della sentenza di morte si lasciava ancor qualche volta al padrone [73].

430. Eranvi altresì contro gli schiavi nell'interesse della pubblica sicurezza varie disposizioni particolari. Se il padrone, temendone danno per sè o per

(65) *Fr.* 24. § 3. D. *de pigner. act.* (13. 7), *fr.* 24. § 5. D. *sol. matrim.* (24. 3), c. 1. 2. C. Th. *de emend. servor.* (9. 12).
(66) GAJUS IV. 78, § 6. J. *de noxal. act.* (4. 6), *fr.* 17. pr. D. *de furt.* (47. 2), c. 6. C. *an servus* (4. 14).
(67) GAJUS IV. 77, *fr.* 14. D. *de oblig. et act.* (44. 7).
(68) GAJUS IV. 75-78, *tit.* J. *de noxal. act.* (4. 8), *fr.* 1. 2. D. *de noxal. act.* (9. 4), *fr.* 17. § 4. D. *de iniur.* (47. 10).
(69) Ciò si deduce da GAJUS IV. 79.
(70) *Fr.* 2. § 1. D. *si ex noxali* (2. 9), *fr.* 26. § 6. D. *de nox. act.* (9. 4).
(71) § 3. J. *de noxal. act.* (4. 7).
(72) V. per ulteriori ragguagli il libro v. cap. 3.
(73) PLUTARCH. *Cato mai.* 21, *Monum. Ancyr. tab.* II. *a dextra* lin. 1. 2. 3.

altri, aveva venduto uno schiavo sotto la condizione di farlo esportare, o non lasciarlo abitare in un dato luogo, il compratore era a ciò rigorosamente obbligato [74]. Imperò, se lo schiavo ritornava col consenso del compratore nel luogo vietato, questi ne perdeva la proprietà, e il venditore, se tal facoltà si era riservato, poteva senz'altro mettergli le mani addosso [75]; se no, lo schiavo si devolveva al fisco [76]. Se poi ritornava libertino, era dal governo dannato a perpetua schiavitù e venduto [77]. Il divieto da una città equivaleva tacitamente al divieto dalla metropoli Roma; il divieto da una provincia al divieto dall'Italia [78]; ma non e converso [79]. Altro punto importante era la fuga degli schiavi. Ad impedirla era severamente vietato di ricettare e occultar schiavi fuggiaschi [80], agevolato ai padroni in tutti i modi il loro inseguimento, e dappertutto ingiunto alle autorità di prestar loro man forte [81]. Per incitar poi gli stessi padroni a spiare i passi dei fuggenti, e toglier loro la possibilità di farsi comperare per poca moneta da un trafficante, venne generalmente vietato sotto pena di alienare come di acquistar schiavi fuggitivi [82], salvo unicamente il caso

(74) *Fr.* 1. D. *de serv. export.* (18. 7).
(75) *Fr.* 9. D. *de serv. export.* (18. 7), *fragm. Vatic.* § 6.
(76) *C.* 1. 2. C. *de serv. export.* (4. 55).
(77) *C.* 1. 3. C. *de serv. export.* (4. 55), *fragm. Vatic.* § 6.
(78) *Fr.* 5. D. *de serv. export.* (18. 7), *c.* 5. C. *de serv. export.* (4. 55).
(79) *Fr.* 2. D. *de serv. export.* (18. 7).
(80) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *de fugitiv.* (11. 4), *c.* 4. 7. C. *de serv. fugit.* (6. 1).
(81) *Fr.* 1. § 2-8. *fr.* 3. 4. D. *de fugit.* (11. 4), Paul. *sent. rec.* I. 6 A. § 3. 4. 5, *c.* 2. C. *de serv. fugit.* (6. 1).
(82) Paul. *sent. rec.* I. 6 A. § 2, *fragm. de jure fisci* § 9,

di arresto effettivo [83]. Di quest'arresto, come d'un mestiere, s' occupavano i fugitivarii [84]; del che però sembra essersi fatto più tardi un contrabbando [85]. Del rimanente la fuga non attentava per nulla ai diritti del padrone, poichè tanto valeva come se lo schiavo avesse rubato se medesimo [86]; quindi giuridicamente ei rimaneva nel possesso del padrone [87], nè mai poteva essere usucatto [88].

451. Quanto all' origine della schiavitù, ell' era di nascita od artificiale [89]. Per regola generale si nasceva schiavo [90], quando tal era la madre nel punto del nascimento [91]. Ma più tardi si stabilì a favore della libertà, che ove la madre, schiava all'epoca del nascimento, fosse nondimeno stata libera anche solo un istante nell'intervallo dalla concezione alla nascita, il figlio nascesse libero [92]. Per contro poi vi erano in forza del senatoconsulto Claudiano altre eccezioni relative alle unioni tra liberi e non liberi, in cui schiavo nasceva il figlio di una libera, e libero quello di una serva [93]. La schiavitù nasceva

fr. 2. § 3. D. *de l. Fabia* (48. 15), *c.* 6. C. *ad l. Fabiam* (9. 20).

(83) *Fr.* 2. § 1. 2. D. *de l. Fabia* (48. 15), *c.* 7. C. *ad l. Fabiam* (9. 20).

(84) Florus III. 19, Paul. *sent rec.* I. 6 A. § 1, *fr.* 18. D. *præscript. verb.* (19. 5).

(85) C. 1. C. Th. *si vagum petat. mancip.* (10. 12).

(86) *Fr.* 60. D. *de furt.* (47. 2).

(87) *Fr.* 50. § 1. D. *de adquir. possess.* (41. 2).

(88) *C.* 1. C. *de serv. fugit.* (6. 1), § 1. J. *de usucap.* (2. 6).

(89) § 3. J. *de iure person.* (1. 3).

(90) Vedi § 436.

(91) Gajus I. 82. 88. 89. 91; Ulpian. V. 9. 10.

(92) Paul. *sent. rec.* II. 24. § 1. 2. 3, *fr.* 5. § 2. 3. D. *de statu homin.* (1. 5), pr. J. *de ingen.* (1. 4).

(93) Gajus I. 83-86. I figli nati da un *servus fiscalis* e da

artificialmente colla prigionia in guerra, secondo l'uso internazionale [94]. Oltrecciò chi non si presentava al censo [95], o nella tratta delle legioni [96], era secondo l'antico diritto venduto schiavo dentro o fuor di paese, e naturalmente senza posliminio [97]. La libertà si perdeva pure a titolo di pena da chi scientemente, per fraudare il compratore, si era fatto vendere come schiavo [98], non che giusta il senatoconsulto Claudiano dalla donna postasi in contubernio con uno schiavo straniero, e niegante di dipartirsene ad onta dell'intimazione del padrone [99]. Giustiniano il primo abolì di nuovo questa disposizione [100]. Finalmente, giusta la massima nata sotto gl'imperatori, il libero condannato a morte, allo scavo delle miniere, ai combattimenti con bestie, ed ai ludi gladiatorii e venatorii restava privo della libertà e moriva schiavo [101], senza poter testare [102]. Quest'ultima disposizione, che in addietro non esiste

una libera diventavano Latini; ma questa era cosa affatto singolare, *c.* 3. C. Th. *ad SC. Claudian.* (4. 9).

(94) § 3. J. *de iure person.* (1. 3). Vedi in proposito § 181.

(95) Vedi § 164.

(96) Vedi § 177.

(97) Cic. *de orat.* I. 40.

(98) *Fr.* 7. pr. § 1. 2. 3. *fr.* 14. 23. pr. *fr.* 40. D. *de liberali causa* (40. 12), *fr.* 1. 3. 5. D. *quib. ad libert. proclam.* (40. 13), *c.* 1. C. *quib. ad libert. proclam.* (7. 18), § 3. J. *de iure person.* (1. 3).

(99) Tacit. *ann.* XII. 53; Sueton. *Vespas.* 11; Ulpian. XI. 11; Gajus I. 84. 85. 86. 91. 160; Paul. *sent. rec.* II. 21 A., tit. C. Th. *ad SC. Claudian.* (4. 11).

(100) *C. un.* C. *de SC. Claudiano tollendo* (7. 24), § 1 J. *de success. sublat.* (3. 12).

(101) *Fr.* 8. § 11. 12. D. *de pœn.* (48. 19), § 3. J. *quib. mod. patr. potest.* (1. 12), § 1. J. *de capit. demin.* (1. 16).

(102) *Fr.* 8. § 4. D. *qui testam. facere* (28. 1), *fr.* 6. § 6. 7. D. *de iniusto* (28. 3). N'erano eccettuati i rei di delitti militari, *fr.* 1. D. *de veteran. success.* (38. 12).

va [103], fu senza dubbio introdotta congiuntamente alla confisca dei beni. Il condannato adunque era schiavo in realtà, ma senza padrone; quindi non schiavo del fisco o dell'imperatore. Imperò le eredità ed i legati lasciatigli, non si devolvevano allo Stato, ma si consideravano come non fatti [104]. Giustiniano mitigò questo stato decretando che il matrimonio dei condannati alle miniere continuasse ad esser valido [105]. Eccettuati questi casi, nessun uomo libero poteva perdere la sua libertà, nè per privato accordo [106], nè per prescrizione [107]. Che se taluno si fosse per errore riputato schiavo e per tale manomesso, non perciò n'era l'ingenuità pregiudicata [108].

452. La schiavitù aveva fine parte colla manumissione, della quale si dirà in breve, e parte in varii casi, in cui per ricompensa dello schiavo od in punizione del padrone sottentrava di pien diritto la libertà. Così accadeva giusta il senatoconsulto Silaniano sotto Augusto allo schiavo, che rivelava l'uccisore del suo padrone [109], o, secondo ulteriori costituzioni, denunziava l'intrapreso ratto

(103) Cic. *de invent.* II. 50, Auctor *ad Herenn.* I. 13.
(104) *Fr.* 25. § 2. 3. D. *de acquir. vel omitt. hæred.* (29. 2), *fr.* 3. pr. D. *de his quæ pro non script.* (34. 8), *fr.* 17. pr. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 12. D. *de iure fisci* (49. 14).
(105) *Nov.* 22. *c.* 8.
(106) Cic. *pro Cæcina* 34, *fr.* 37. D. *de liber. causa* (40. 12), *c.* 10. C. *de liber. causa* (7. 16).
(107) Gaius II. 48, *c.* 6. C. *de ingen. manum.* (7. 14), *c.* 3. C. *de longi tempor. præscr.* (7. 22).
(108) Paul. *sent. rec.* V. 1. § 2, § 1. J. *de ingen.* (1. 4).
(109) *Fr.* 5. D. *qui sine manumiss.* (40. 8), *fr.* 4. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 3. § 4. D. *de suis* (38. 16), *c.* 1. C. *pro quib. caus.* (7. 13).

di una vergine[110], o un monetario falso[111] o un disertore[112]. Lo stesso aveva luogo quando il padrone cacciava uno schiavo perchè vecchio od infermo[113], o prostituiva contro il patto stipulato nell'acquisto una schiava comperata[114], il qual principio fu poi generalizzato[115], come pure quando un Giudeo circoncideva i suoi schiavi cristiani[116]. Finalmente la libertà poteva anche nascere per prescrizione[117], per aggregazione fra i cubicularii[118], e coll'entratura nello stato clericale o monastico, sotto certe restrizioni[119].

—

CAPITOLO III.

I LIBERTINI.

453. Secondo la posteriore composizione dello Stato Romano, e considerata la persona del mano-

(110) C. 1. C. Th. *de raptu* (9. 24), c. 3. C. *pro quib. caus.* (7. 13).
(111) C. 2. C. Th. *de falsa moneta* (9. 21), c. 2. C. *pro quib caus.* (7. 13).
(112) C. 4. C. Th. *de desertor.* (7. 18), c. 4. C. *pro quib. caus.* (7. 13).
(113) Sueton. *Claud.* 25; Dio Cass. lx. 29, *fr.* 2. D. *qui sine manumiss.* (40. 8), *c. un.* § 3. C. *de latin. libert.* (7. 6), *nov.* 22. c. 12.
(114) *Fr.* 7. pr. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 6. § 1. *fr.* 7. D. *qui sine manumiss.* (40. 8), c. 1. 2. 3. C. *si mancip.* (4.56), *c. un.* § 4. C. *de latin. libert.* (7. 6).
(115) C. 14. C. *de episc. audient.* (1. 4).
(116) C. 1. C. Th. *ne christian. mancip.* (16. 9), c. 1. 2. C. *ne christian. mancip.* (1. 10).
(117) *Fr.* 16. § 3. D. *qui et a quibus* (40. 9), c. 1. 2. 3. C. *de longi tempor. præscript. quæ pro libert.* (7. 22), c. 3. 5 C. Th. *de liber. causa* (4. 8).
(118) C. 3. C. *de præposit. sacri cubicul.* (12. 5).
(119) *Nov.* 5. c. 2. § 1, *nov.* 123. c. 17. 35.

mettente, i manomessi potevano dividersi in tre classi: in manomessi cioè da un cittadino romano, in manomessi da un latino ed in manomessi da un peregrino o provinciale [1]. Non avendo notizia delle ultime due classi, ci restringeremo alla prima. Riguardo a questa, il diritto dei tempi primitivi era semplicissimo : o le condizioni prescritte per una manumissione legale erano adempiute, e ne risultava la libertà col cittadinatico ; od erano inadempiute, e niun effetto ne derivava. Ma più tardi il diritto si complicò. Già la legge Elia Senzia (A. 757) riconosceva in quelli che venivano manomessi contro le sue disposizioni una libertà giuridica limitata. La legge Giunia (A. 772) diè alla cosa maggior sviluppo, ed ai libertini, che per un difetto giuridico non diventassero cittadini, assicurò nella maggior parte dei casi una libertà legale coi diritti de' latini [2]. Pigliando noi ad esporre partitamente quest' intricata teoria, descriveremo prima le forme, e le altre condizioni della manumissione, poi gli effetti e finalmente alcune sue particolari applicazioni al diritto matrimoniale ed al cittadinatico.

454. Nell'antico diritto la forma della manumis-

(1) Vedi §§ 332. 333. 334.

(2) Vedi intorno alle due leggi i §§ 333. 334. I giureconsulti romani ridussero il contenuto di entrambe ad una cosa sola, ond'è che parlano talvolta in modo da far parere, che la legge Elia Senzia già conoscesse Latini di quella specie, GAJUS I. 29. 31. 80. Ma ciò non potrebb'essere che in due casi: o cioè quando ella fosse più giovane della legge Giunia, o quando ella stessa avesse creato la latinità. Ma le due ipotesi sono combattute da altre ragioni; ondechè convien spiegare la cosa nel modo per noi indicato. Vedi sopra questa quistione VANGEROW *über die latini Juniani* § 2.

sione non poteva essere che triplice [3]: per vindicazione (*vindicta*), quando cioè un rappresentante dello schiavo lo vindicava in apparenza dal padrone in libertà dinanzi all'autorità competente, ed arrendendosi il padrone subitamente, l'autorità lo dichiarava libero [4]; per censo cioè col denunciar come libertino il proprio schiavo [5]; e finalmente per dichiarazione testamentaria concepita in termini diretti [6]. Fassi pure menzione di una manumissione dai sacri [7]; ma la sua significazione è incerta.

455. Di queste tre forme la prima era anche in uso nelle provincie, cioè dinanzi ai governatori [8] ed ai maestrati municipali, se aventi l'azion di legge (*Legis actio*) [9]. Ell'era quivi assai più spiccia [10], poichè il pretore o proconsole poteva manomettere, strada facendo, e in qualsivoglia luogo [11]. La manumissione per censo, benchè si potesse anche praticare nelle

(3) *Vindicta, censu, testamento*, GAJUS I. 17; ULPIAN. I. 6, *fragm. de manumiss.* § 6; BOETH. *ad Topic.* 2.

(4) ULPIAN. I. 7; LIV. II. 5. XLI. 9; FESTUS *v. manumitti*, *sertorem*, APPIAN. *de bell. civ.* IV. 135, *fr.* 23. D. *de manumiss. vindicta* (40. 2), THEOPHIL. I. 5. § 4.

(5) ULPIAN. I 8, *fragm. de manumiss.* § 19; THEOPHIL. I. 5. § 4.

(6) ULPIAN. I. 9. II. 7. 8; GAJUS II. 267.

(7) FESTUS *v. manumitti*, *puri*. Forse ha con essa qualche relazione il *liberare sacrationis nexu* di SERVIUS *ad Æn.* XI. 558. 591. 830.

(8) ULPIAN. I. 7; PLINIUS *epist.* VII. 16, *fr.* 17. 21. D. *de manumiss. vindicta* (40. 2).

(9) PAUL. *sent. rec.* I. 25. § 4, *c.* 4. C. *de vindicta* (7. 1).

(10) *Fr.* 8. 23. D. *de manumiss. vindicta* (40. 2).

(11) GAJUS I. 20; PLINIUS *epist.* VII. 16, *fr.* 7. 8. D. *de manumiss. vindicta* (40. 2), § 2. J. *de libertin.* (1. 5).

provincie[12], era però fuor d'uso[13]. All'incontro la manumissione per testamento non solamente vi era in vigore, ma ampiamente pure si diffuse. Infatti dopochè regnante Augusto fu attribuita ai fedecommessi od alle disposizioni fatte anche solo a modo di preghiera una forza generalmente obbligatoria, l'effettuazione d'una manumissione, per semplice legata fedecommesso venne pur riguardata come un'obbligazione dell'erede. Vero è che lo schiavo in questo caso non otteneva la libertà dal defunto, come nella manumissione diretta, ma dall'erede, il quale doveva osservare una delle due forme sopra descritte[14]. Ma dove costui vi si rifiutasse, poteva esservi forzato giudizialmente[15]. A quest'oggetto il senatoconsulto Articuleiano sotto Traiano conferì ai governatori delle provincie la facoltà di giudicare, con tutto che l'erede non fosse della stessa provincia[16]. Il senatoconsulto Rubriano pur sotto Traiano, il Dasumiano, il Vitrasiano ed altri assicurarono del pari l'adempimento del fedecommesso pel caso in cui l'erede si rifiutasse di presentarsi[17], ovvero fosse assente[18], minore, od altrimenti incapace di alcun atto[19], o mancato di vita[20]. Simile a questi fu pure il senatoconsulto Iun-

(12) Plin. *epist.* x. 22, *fragm. de manumiss.* § 19. Cfr. § 304.
(13) Ulpian. i. 8.
(14) Ulpian. ii. 7-11; Gajus ii. 263-67, § 2. J. *de singul. reb.* (2. 24), Theophil. i. 14. § 1.
(15) *Fr.* 53. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 44. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(16) *Fr.* 51. § 7. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(17) *Fr.* 26. § 7-11. *fr.* 27. *fr.* 28. pr. § 1. 2. 3. *fr.* 33. § 1. *fr.* 36. pr. *fr.* 49 D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(18) *Fr.* 22. § 2. *fr.* 36. pr. *fr.* 51. § 4. 5. 6. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(19) *Fr.* 30. D *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(20) *Fr.* 5. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

ciano emanato regnante Commodo[21]. Giustiniano infine prescrisse che a qualunque indugio posto nella manumissione lo schiavo fosse direttamente per giudizial sentenza, non altrimenti che dallo stesso testatore, dichiarato libero[22]. Tuttavolta però che l'erede non concedeva spontaneamente la libertà, era, per ottenerla, necessario l'intervento del maestrato[23].

456. Oltre alle tre forme quiritarie si praticava non di rado per la manumissione una forma semplice e naturale, cioè una dichiarazione fra amici, un invito a tavola, od una missiva[24]. Da questa forma però non emergeva una vera libertà quiritaria, ma una libertà fattizia[25]. Contuttociò il pretore incominciò di buon'ora a tutelar questo stato contro il padrone che volesse di nuovo trattare il manomesso a mo' di schiavo[26]. Più tardi la legge Giunia (A. 772) diè a un tale stato effetti civili, e ai manomessi senza solennità, ma sotto le condizioni cui era loro guarentito il patrocinio pretoriano, concedette i diritti dei latini artificiali[27].

457. Ad agevolare le manumissioni, Costantino introdusse a fianco di quella per vindicazione e per testamento due nuove forme che pure assicurassero

(21) *Fr.* 28. § 4. *fr.* 47. § 1. *fr.* 51. § 8. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

(22) C. 15. C. *de fideicomm. libert.* (7. 4).

(23) C. 4. 11. C. *de fideicomm. libert.* (7. 4).

(24) Theophil. i. 5. § 4.

(25) Seneca *de vita beata* 24.

(26) Gajus iii. 56, *fragm. de manumiss.* § 6. 7. 10. Clodio aveva disegnato di conferire a simili manumissioni tutti gli effetti civili, ma fallì l'intento. A ciò allude il passo *pro Milone* 12. restituito da Peyron e Beier.

(27) Gajus iii. 56, *fragm. de manumiss.* § 8. 9. 10; Ulpian. i. 10.

la piena libertà e il cittadinatico: la manumissione cioè in chiesa dinanzi alla Comunità riunita colla successiva compilazione dell'atto, e se il manomettente era un ecclesiastico, la manumissione per ogni determinata dichiarazione di volontà tanto tra vivi che a causa di morte, sì dentro che fuor di chiesa[28]. Ma quanto alle altre forme non solenni di manumissione, si lasciò ch'elle producessero non il cittadinatico, ma la sola latinità. Giustiniano il primo annullò questo divario, trascegliendo cioè nei molti casi in cui per lo addietro nasceva la latinità, alcune date specie, associando a queste la piena libertà col cittadinatico, e negando alle altre ogni effetto[29].

458. A legittimare la manumissione conveniva, oltre la forma, che il manomettente avesse lo schiavo in piena proprietà. Se la proprietà n'era divisa, la manumissione fatta da chi ne aveva la sola proprietà quiritaria non produceva effetto, e la manumissione fatta da chi aveva lo schiavo *in bonis* produceva soltanto una libertà fattizia colla tutela pretoriale, a cui la legge Giulia unì poi i diritti della latinità[30]. Che ne fosse nel primo caso del diritto quiritario, non è chiaro; nel secondo esso continuava, come anche dopo una manumissione non solenne, a sussistere sul latino[31]. Questa divisione delle sorti dominicali colle sue conseguenze cessò egualmente per decreto di Giustiniano[32].

(28) Sozomen. *hist. eccl.* I. 9, c. 1. 2. C. *de his qui in eccles. manum.* (1. 13), c. *un.* C Th. *de manumiss. in eccles.* (4. 7).
(29) C. *un.* C. *de latina libertate tollenda* (7. 6), § 3. J. *de libertin.* (1. 5), Theophil. I. 5. § 4.
(30) Gajus I. 17. III. 56; Ulpian. I. 16. 23, *fragm. de manumiss.* § 11; Theophil. I. 5. § 4.
(31) Cfr. la nota 96 *infra.*
(32) C. *un.* C. *de nudo iure Quirit. tollendo* (7. 25).

459. Regnante Ottaviano, allorchè la leggerezza, la vanità e la speculazione sulle pubbliche largizioni erano causa d'infinite manumissioni, questo fatto che si attirò tutta l'attenzione del legislatore diè origine ad altre singolari restrizioni [33]. In primo luogo la legge Elia Senzia chiuse intieramente ai fatti schiavi per gravi delitti la via al cittadinatico, stabilendo che la manumissione non potesse conferir loro altri diritti fuor di quelli de' peregrini assoggettati per dedizione [34]. Ma questa distinzione fu da Giustiniano abolita [35]. In secondo luogo la stessa legge fissò per lo schiavo da manomettere l'età di trent'anni almeno. I manomessi di minor età non potevano altrimenti pervenire al cittadinatico, che colla manumissione per vindicazione, e mediante l'esposizione di giusti motivi dinanzi ad un Consiglio stabilito appositamente in Roma e nelle provincie [36]. I manomessi per vindicazione disotto ai trent'anni, ma senza consiglio, come pure i manomessi per censo o testamento acquistavano, secondo la legge Giunia, la latinità [37]. Qual fosse prima secondo la legge Elia Senzia il loro stato, è cosa assai controversa [38]. Non è da tacersi, che questa legge stabilì

(33) Dionys. iv. 24; Sueton. *Octav.* 40, Dio Cass. lv. 13.
(34) Gajus i. 13 14. 15; Ulpian. i. 11; Theophil. i. 5. § 3.
(35) *C. un.* C. *de dediticia libertate tollenda* (7. 5), § 3. J. *de libertin.* (1. 5).
(36) Gajus i. 18-21; Ulpian. i. 12. 13 a. 14; Theophil. i. 6. § 4, *fragm. de manumiss.* § 19.
(37) Gajus i. 17. 29. 31; Theophil. i. 5. § 4.
(38) La quistione s'aggira qui primieramente sul passo alterato di Ulp. i. 12. Taluni scartano l'insostenibile parola *Cæsaris*. Altri la cambiano in *senatus* o *censuve* ovvero nel nome di un giureconsulto. Wangerow taglia via l'intiera proposizione di mezzo *ideo—putat*, reputandola una glossa. Nel merito poi v'hanno le seguenti opinioni. I più credono che la manumissione dei *minores XXX annorum vindicta sine consilio o*

per essi una forma particolare di maritaggio[39], col che ne riconobbe anche la libertà in faccia alla legge[40]. Ma questa considerazione di età fu da Giustiniano totalmente abolita[41]. In terzo luogo la legge Elia Senzia prescrisse pel padrone l'età di vent'anni almeno, ed in difetto un'inchiesta come sopra per parte del Consiglio, dichiarando nel contrario caso la manumissione, anche testamentaria, priva d'effetto[42]. Giustiniano mantenne intieramente questa restrizione, eccettuatane soltanto la manumissione per testamento[43]. In quarto luogo ogni manumissione ordinata a danno dei creditori dell'eredità fu dichiarata nulla[44], disposizione che pur si mantenne nel diritto

censu non producesse effetto, e quella per testamento ingenerasse soltanto una libertà fattizia colla tutela pretoria; così ZIMMERN *Rechtsgesch.* I. § 208, e BÖKING *Institutionen* I. § 47. Altri opinano, che il manomesso per vindītta diventasse un non romano libero a guisa di un peregrino ordinario (il che però contraddice ad Ulpiano), e che il manomesso per testamento conseguisse una libertà protetta dal pretore; e questa è l'opinione di PUCHTA *Institutionen* II. § 213. nota XX. Una terza opinione è che il *minor XXX annorum manumissus*, benchè non diventasse *civis*, acquistasse però un *in libertate esse* tutelato; così pensa WANGEROW *latini Juniani* § 5. 6. 7, il quale ha pure ben dimostrato le difficoltà che le altre opinioni incontrano.

(39) GAJUS I. 29.

(40) Da questa circostanza BURCHARDI *Rechtsgesch.* I. § 80 venne indotto ad attribuire alla legge Elia Senzia il trovato della latinità. PUCHTA applica quella disposizione ai soli manomessi per vindītta senza Consiglio; tutt'all'opposto ZIMMERN § 2. 14. ai soli manomessi per testamento.

(41) *C.* 2. C. *communia de manumiss.* (7. 15).

(42) GAJUS I. 38-41; ULPIAN. I. 13, *fragm. de manumiss.* § 15.

(43) *Fr.* 6. 11-16. 19. 20. D. *de manumiss. vindicta* (40. 2), § 4-7. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6), *nov.* 119. c. 2.

(44) GAJUS I. 37. 47; ULPIAN. I. 15, *fragm. de manumiss.* § 18.

Giustinianeo[45]. In quinto ed ultimo luogo la legge Furia Caninia (A. 761) e parecchi senatoconsulti fissarono per le manumissioni d'ultima volontà un dato numero da non potersi trascendere[46]. Ma Giustiniano abolì questa regola[47].

460. Fatta astrazione da queste disposizioni positive, eranvi pure altre limitazioni delle manumissioni procedenti da principii generali di diritto. Quando lo schiavo apparteneva in comune a più padroni, la manumissione fatta da un solo non valeva, perchè la divisione era impossibile, ma la sua porzione accresceva agli altri[48]. Poco a poco però nell'interesse della libertà si cercò d'introdurre un temperamento, e finalmente Giustiniano stabilì in generale che, volendo anche un solo manomettere, fossero gli altri astretti, per rendere perfetto l'affrancamento, a vendere la lor porzione al prezzo per legge fissato[49]. Se lo schiavo era nell'usufrutto d'un altro, la manumissione fatta dal proprietario produceva a suo riguardo lo svincolamento dello schiavo, ma non ne toglieva l'usufrutto. Quindi egli era nell'intervallo uno schiavo senza proprietario[50]; ma, cessato l'usufrutto, diventava pienamente libero[51]. Questa regola

(45) *Fr.* 11. *fr.* 16 § 2. *fr.* 27. pr. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9), *c.* 1. C. *qui manumitt.* (7. 11), pr. § 3. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6).
(46) Gajus I. 42-46. II. 228; Ulpian. I. 24; Paul. *sent. rec.* IV. 14.
(47) *C. un.* C. *de lege Fusia Caninia tollenda* (7. 3), § *un.* J. *de lege Fusia Caninia tollenda* (1. 7).
(48) Ulpian. I. 18; Paul. *sent. rec.* IV. 12. § 1, *fragm. de manumiss.* § 12.
(49) *C. un.* C. *de communi servo manumisso* (7. 7), § 4. J. *de donation.* (2. 7).
(50) Ulpian. I. 19, *fragm. de manumiss* § 13.
(51) *Fr.* 9. § 20. D. *de hered. instit.* (28. 5).

però venne egualmente modificata da Giustiniano il quale dichiarò doversi lo schiavo considerar di subito come manomesso, ed essere il medesimo schiavo soltanto rispetto all'usufruttuario[52]. All'incontro, se l'usufruttuario aveva manomesso lo schiavo, questi restava servo bensì, ma doveva nel vivente di quello essere dal padrone esonerato della prestazione di servizi[53]. Neppure lo schiavo oppignorato ad un altro poteva, se il pegno era speciale, essere manomesso senza il consenso del creditore pignoratario[54], ma lo poteva, se oppignorato in genere con tutti gli altri beni[55]. Se lo schiavo era stato acquistato con divieto d'affrancamento, o se l'autorità stessa aveva messo un tal divieto, la manumissione non produceva effetto[56]. La quistione se chi aveva riscattato uno schiavo dalla prigionia nemica potesse validamente manometterlo era dubbia a causa del diritto di ritenzione del proprietario anteriore, ma si scioglieva a favore della libertà[57]. Finalmente le manumissioni che si operavano da un figlio soggetto alla patria podestà coll'assenso del padre, si reputavano fatte da quest'ultimo[58]; ma non così quelle ch'egli aveva fatto eseguire da un

(52) C. 1. pr. C. *communia de manumiss.* (7. 15).
(53) C. 1. pr. C. *ibidem.*
(54) *Fr.* 3. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 4. 5. 26. 27. § 1. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9), c. 1. 6. C. *de servo pignor. dato* (7. 8).
(55) *Fr.* 29. pr. D. *qui et a quib.* (40. 9), c. 2. 3. C. *de servo pignor. dato* (7. 8). Il *fr.* 6 e 9. D. *in quib. caus. pignus tacite* (20. 2) contiene pure un'applicazione di questa regola.
(56) *Fr.* 9. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 9. § 2. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9), c. 2. C. *qui non poss. ad libert.* (7. 12).
(57) *Fr.* 12. § 7. 9. D. *de captiv.* (49. 15).
(58) *Fr.* 22. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 4. pr. *fr.* 10. 22. D. *de manum. vindict.* (40. 2), *fr.* 30. § 1. D. *qui et a quib.* (40. 9).

figlio emancipato, o fatto fare la madre. Giustiniano però tolse questa distinzione[59].

461. Del resto il diritto positivo favoriva e proteggeva in varii modi le manumissioni. Ciò già si vide nella manumissione fedecommissaria[60]. Così pure se uno schiavo o qualunque altro aveva dato danaro ad un terzo perchè comperasse lo schiavo e lo manomettesse, e se il compratore mancava al patto, lo schiavo poteva, secondo una costituzione di Marco Aurelio e L. Vero, ricorrere in giudizio[61]. Inoltre se uno schiavo era stato venduto a condizione di dover essere manomesso dal compratore, e se questi non manteneva l'accordo, lo schiavo diventava, a norma di una costituzione di Marco Aurelio e Commodo, libero di pien diritto[62], rimanendo però liberto del compratore[63]. Questa costituzione fu poi anche estesa al caso che in una vendita si fosse assoggettato l'acquisto della libertà a un dato termine[64], o donato lo schiavo a condizione di manometterlo[65], non che a quello in cui lo stesso padrone avesse per manometterlo ricevuto danaro[66]. Finalmente se l'e-

(59) *C.* 1. § 1. C. *communia de manumiss.* (7. 15).

(60) Vedi nota 14-22 *supra.*

(61) *Fr.* 4. 5. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 53. 67. *de iudic.* (5. 1).

(62) *Fr.* 1. 3. 4. 6. pr. *fr.* 9. D. *qui sine manumiss.* (40. 8), *fr.* 15. § 1. D. *de condict. causa data* (12. 4), *fr.* 3. 10. D. *de serv. export.* (18. 7), *fr.* 10. D. *de manumiss.* (40. 1), c. 2. 6. C. *si mancip.* (4. 57).

(63) *Fr.* 3. § 2. D. *de legit. tut.* (26. 4), *fr.* 8. § 1. D. *de iure patron.* (37. 14).

(64) C. 3. C. *si mancipium* (4. 57).

(65) *Fr.* 8. D. *qui sine manumiss.* (40. 8), c. 1. C. *si mancipium* (4. 57).

(66) *Fr.* 19. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 38. § 1. D. *de liber. causa* (40. 12), c. 4. C. *si mancipium* (4. 57).

rede sopprimeva il testamento in cui si legava la libertà ad uno schiavo, questi poteva, secondo una costituzione dei suddetti imperatori, evocarlo in giudizio [67].

462. Gli effetti della manumissione si rivelavano primieramente nello stato civile che colla libertà il manomesso acquistava. Esso era di tre specie: il cittadinatico, la latinità o la peregrinità. Per acquistare il cittadinatico conveniva innanzitutto che il manomissore fosse cittadino romano [68]; poichè come il padre colla generazione, così pure il manomettente dava allo Stato un nuovo cittadino. La manumissione doveva inoltre operarsi nella debita forma, e sotto l'adempimento delle altre condizioni legali [69]. Nella manumissione però per censo si disputava se il cittadinatico datasse dalla presentazione nel censo, ovvero dalla solennità del lustro nunzia di quello [70]. I prigionieri di guerra che lo Stato toglieva alla schiavitù acquistavano egualmente colla manumissione il cittadinatico [71]. Ma il cittadinatico dei manomessi non era perfetto; poichè tanto agli onori come al godimento dei diritti civili maggiori avevano un ostacolo nella serva loro origine. Questa disuguaglianza nei primi tempi si estendeva ai figli; ma più tardi costoro si considerarono come nati liberi [72]. Sotto gl'imperatori il libertino poteva essere innalzato dall' imperatore colla concessione del diritto di portar

(67) *Fr.* 7. D. *de l. Cornel. de fals.* (48. 10), *fr.* 53. D. *de iudic.* (5. 1).
(68) Theophil. i. 5. § 3.
(69) Gajus i. 17; Ulpian. i. 5.
(70) Cic. *de orat.* i. 40, *fragm. de manumiss.* § 19.
(71) *Fr.* 5. § 3. D. *de captiv.* (49. 15).
(72) Vedi §§ 100. 332. 399.

anelli d'oro, e colla restituzione dei natali ai diritti dell'ingenuità[73], e Giustiniano annullò infine per legge tutte queste differenze, stabilendo che a qualunque manumissione fosse per l'avvenire congiunta di pien diritto la facoltà di portar anelli d'oro, e la restituzione dei natali[74].

463. La latinità nasceva, secondo il già detto, dalla manumissione non fatta in forma quiritaria, o dal proprietario naturale non quirizio dello schiavo, o sopra uno schiavo inferiore ai trent'anni, e senza Consiglio[75]. A questi casi se ne aggiunse per disposizioni positive una serie di altri subordinati[76]. La latinità inchiudeva il commercio[77], ma non gli altri diritti dei latini ingenui[78]. Il latino Giuniano segnatamente si reputava libero[79], ma era vincolatissimo, dipendente dal padrone, e moriva propriamente schiavo. Perciò i suoi beni ritornavano per diritto di peculio al padrone[80], ed egli stesso poteva essere oggetto di una disposizione[81]. Ma il maggior pregio di questa latinità sulla libertà anteriore meramente fattizia si era che i figli nascevano liberi[82].

(73) Vedi § 332.
(74) *Nov.* 78. *præf.* c. 1. 5.
(75) Gajus i. 17; Theophil. i. 5. § 4.
(76) V. Wangerow *latini Juniani* § 37.
(77) V. §. 333.
(78) Puchta *Institutionen* ii. § 217 emette un'opinione nuova. Egli vuole che la latinità Giuniana colla restrizione sua particolare non valesse che nel caso di manumissione non solenne.
(79) Gajus i. 22; Ulpian. i. 10.
(80) Tacit. *ann.* xiii. 27; Salvian. *adv. avarit.* iii. 7; Gajus i. 23. iii. 56; Ulpian. xx. 14. xxii. 3, § 4. J. *de success. libert.* (3. 7), c. *un.* pr. C. *de latina libert.* (7. 6).
(81) Gajus ii. 195; Plinius *epist.* x. 105.
(82) Paul. *sent. rec.* iv. 9. § 8.

Questo stato si mantenne praticamente lo stesso fino a Giustiniano, il quale lo annullò e trasformò nel cittadinatico[83].

464. Finalmente la peregrinità non aveva luogo che in uno dei casi contemplati dalla legge Elia Senzia[84]. Siffatti manomessi non avevano nè connubio, nè commercio[85], non potevano, perdendo la libertà, abitar la metropoli e i suoi dintorni, e non pervenivano giammai al cittadinatico romano[86]. I loro discendenti però erano peregrini liberi e immuni da queste restrizioni. Giustiniano annullò anche la peregrinità e vi sostituì il cittadinatico[87].

465. In ordine ai matrimonii dei libertini che non acquistavano colla libertà il cittadinatico, vi erano disposizioni particolari. Generalmente questi matrimonii si governavano per rapporto alla effettuazione, come agli effetti loro col diritto naturale. Riguardo però agli schiavi inferiori ai trent'anni e non legalmente manomessi, la legge Elia Senzia non solo aveva esplicitamente riconosciuto la loro capacità di contrarre matrimonio con latini ingenui o con cittadini romani, ma attribuito a que' matrimonii, se celebrati in presenza di sette cittadini romani, particolari vantaggi che più innanzi accenneremo. Tali disposizioni si mantennero in vigore anche sotto il sistema della legge Giunia, in cui que' manomessi diventavano latini[88]. Illuso da ciò, vi fu chi credette che

(83) *C. un. C. de latina libert. tollend.* (7. 6), § 3. J. *de libert.* (1. 5); THEOPHIL. I. 5. § 4.
(84) Vedi nota 34.
(85) ULPIAN. V. 4. XIX. 4.
(86) GAJUS I. 25. 26. 27. 67; SUETON. *Octavian.* 40.
(87) *C. un. C. de deditic. libert. tollenda* (7. 5), § 3. J. *de libert.* (1. 5).
(88) GAJUS. I. 29. 66; ULPIAN. III. 3.

tra i latini manomessi e i cittadini corresse un vero connubio, e così che i figli nati dal matrimonio di un latino con una Romana seguissero la condizione del padre. Ma il senatoconsulto sopra citato del regno di Adriano[89] corresse quest'opinione, richiamando il caso alla regola naturale[90].

466. Il frequente commerciar dei latini manomessi coi cittadini, e l'importanza sempre più piccola del cittadinatico romano diè pure argomento a parecchie disposizioni artificiali che agevolarono a' latini l'acquisto della cittadinanza, e tornarono anche in parte a vantaggio dei latini liberi delle provincie. La legge Elia Senzia aveva già stabilito pei manomessi dammeno dei trent'anni, epperò non giustamente affrancati, che quando avessero da un matrimonio conchiuso nella forma sovra accennata con una romana, latina, o persona del loro ceto avuto un figlio di un anno, potessero, esponendo all'autorità competente tutte queste circostanze di fatto, ottenere congiuntamente alla moglie ed al figlio la cittadinanza[91]. La legge Giunia aveva lasciato questa disposizione in vigore, ed un senatoconsulto sotto Vespasiano la estese ai libertini che diventavano latini per altri motivi che per difetto di età[92]. In mezzo poi ad una popolazione cotanto mista poteva facilmente accadere che un Romano od un latino prendesse in moglie una persona di ceto civile inferiore, o per averla erroneamente creduta di nascita eguale, o per

(89) Vedi cap. I. nota 21.
(90) Gajus I. 30. 80; Ulpian. III. 3.
(91) Vedi in proposito Bethmann-Hollweg, *de causæ probatione* Berol. 1820. 8.
(92) Gajus I. 29. 30. 31; Ulpian. III. 3.

aver anche erroneamente giudicato il proprio suo ceto più basso che realmente non era. In vista di ciò, un senatoconsulto apparso ancor prima di Adriano permise in tutti i casi di ottener pei figli la cittadinanza, e il più sovente anche pel marito che ne mancasse [93]. La cittadinanza inoltre, pei Latini, si acquistava con trent'anni di servizio nei Vigili, con sedici nel condur granaglie a Roma sopra nave propria, colla costruzione in questa città di una casa, o lo stabilimento di una panatteria, e per una latina colla nascita di tre figli [94]. Acquistavasi ancora per iterazione, cioè quando dopo una manumissione non solenne si operava la solenne [95], o quando, nel caso di proprietà divisa, alla manumissione operata dal proprietario naturale teneva dietro quella del proprietario quirizio [96], nonchè in premio della denunzia del ratto di una vergine [97]. Finalmente non occorre dire che i manomessi latini come gli altri potevano essere innalzati alla cittadinanza per grazia imperiale [98]. Un editto di Traiano riservò in questo caso al padrone che non vi annuisse i suoi diritti eventuali sull'eredità come su quella di un latino Giuniano; ma questa disposizione rese poi necessaria una dichiarazione modificativa in un senatoconsulto dei tempi di Adriano [99].

167. La manumissione fatta sotto una data condi-

(93) Gajus I. 67-75; Ulpian. VII. 4.
(94) Ulpian. III. 1. 5. 6; Sueton. *Claud.* 19.
(95) Ulpian. III. 4; Gajus I. 35, *fragm. de manumiss.* § 16. Plinio VII. 16 ne dà un esempio.
(96) A ciò alludono Gajus I. 167, *fragm. Vatic.* § 221.
(97) C. 1. § 4. C. Th. *de raptu virgin.* (9. 24).
(98) Ulpian. III. 1. 2.
(99) Gajus III. 72. 73.

zione o determinazione di tempo, al sopravvenir della quale lo schiavo dovesse essere libero, costituiva una specie affatto particolare[100]. Questa manumissione al tempo delle tre antiche forme non si poteva fare che per testamento[101], e in due modi, cioè od esprimendo formalmente la condizione, od inchiudendovela tacitamente[102]. Codesti manomessi, liberi solamente in aspettativa[103], restavano intanto schiavi dell'erede[104], e si consideravano anche per tali rispetto ai servizi[105], alla traslazione di dominio[106], all'oppignorazione[107], all'amministrazione degli affari[108] ed alla dedizione nossale (*noxæ deditio*)[109], naturalmente però avuto sempre un riguardo alla condizione sospensiva. Anche l'acquisto fatto nell'intervallo si devolveva al padrone, salvochè colla libertà si fosse pure legato il peculio; poichè in allora l'acquisto si comprendeva nel peculio[110]. Ma lo schiavo portava sempre con sè l'aspettativa della libertà[111]; ondechè, cadendo prigioniero di guerra

(100) Una buona dissertazione in proposito è quella di MADAI *die Statuliberi*, Halle 1834. 8.

(101) ULPIAN. II. 1; GAJUS II. 200; FESTUS v. *statu liber.*

(102) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *de statu liber.* (40. 7). Un caso di quest'ultima specie si ha pure nel *fr.* 12. § 7. *fr.* 13. D. *qui et a quib.* (40. 9).

(103) *Statu liberi* si chiamavano con vocabolo non troppo felice.

(104) GAJUS II. 200; ULPIAN. II. 2, *fr.* 9. pr. *de statu liber.* (40. 7).

(105) *Fr.* 3. § 8. D. *de statu liber.* (40. 7).

(106) ULPIAN. II. 3, *fr.* 6. § 3. *fr.* 25. D. *de statu liber.* (40. 7).

(107) *Fr.* 13. § 1. D. *de pignor.* (20. 1).

(108) *Fr.* 29. pr. D. *de statu liber.* (40. 7).

(109) *Fr.* 9. pr. § 2. D. *de statu liber.* (40. 7), *fr.* 14. § 1. *fr.* 15. D. *de noxal. action.* (9. 4). Nel diritto penale si dirà del genere di punizione dei delitti.

(110) *Fr.* 28. § 1. D. *de statu liber.* (40. 7).

(111) ULPIAN. II. 3, *fr.* 6. D. *si ex noxali causa* (2. 9).

e venendo riscattato, la ricuperava [112]. Sopraggiunta la condizione, diveniva libero di pien diritto, non altrimenti che se il testatore l'avesse direttamente manomesso [113]; e ciò aveva pur luogo se l'erede col proprio fatto rendeva impossibile l'avveramento della condizione [114]. Se l'erede voleva manomettere anzi tempo lo schiavo poteva farlo, e intanto conservava sopra di lui i diritti di patronato; ma sino ai tempi di Giustiniano, non ne poteva fare che un latino [115]. Più tardi, avveratasi la condizione, ei diveniva un manomesso del testatore [116] e cittadino. Se la manumissione condizionale era legata per fedecommesso, le si applicavano per analogia i principii sovra esposti [117], salvochè la manumissione non s'operava più di pien diritto, e il manomesso diventava un liberto dell'erede. Quanto alla storia di questa dottrina non altro si sa, fuorichè già era menzionata nelle dodici tavole [118].

CAPITOLO IV.

DIRITTO DI PATRONATO.

468. Un importante effetto che la manumissione lasciava dietro di sè era il vincolo di patronato. Esso

(112) *Fr.* 12. § 10. D. *de captiv.* (49. 15).
(113) *Fr.* 23. § 1. D. *de manum. testam.* (40. 4), *fr.* 3. § 1. D. *de statu liber.* (40. 7).
(114) Ulpian ii. 5; Festus *v. statu liber.*, *fr.* 3. § 1. 7. 16. D. *de statu liber.* (40. 7).
(115) *C. un.* § 7. C. *de latina libert.* (7. 6).
(116) *Libertus orcinus*, *fr.* 2. pr. D. *de statu liber.* (40. 7), *c. un.* § 7. C. *de latina libert.* (7. 6).
(117) *Fr.* 21. 51. § 3. D. *de fideicomm. libert.* (49. 5).
(118) Ulpian. ii. 4, *fr.* 25. 29. § 1. D. *de statu liber.* (40. 7).

aveva fondamento nell'idea che il libertino doveva al suo antico padrone per l'inestimabile benefizio ricevuto una gratitudine eterna. Ei lo considerava come padre e protettore[1], ne assumeva il nome a guisa di figlio[2], e rimaneva strettamente vincolato alla casa[3]. Tutto ciò porta l'impronta di costumi antichissimi che le leggi[4], l'editto pretoriano[5] e la giurisprudenza[6] interpretarono e precisarono meglio. Considerato in ordine ai patrizi, il patronato formava un elemento sostanziale della clientela antica, poichè non solo il manomesso, ma i discendenti e manomessi di lui rimanevano vincolati come clienti alla famiglia del padrone[7] ed alla sua gente[8]. Ma se di que' tempi fossevi anche un gius plebeo di patronato e come costituito, è ciò che non si può determinare. Più tardi, e certo dopo le dodici tavole, più non vi fu differenza tra i due ceti. Lo stesso manomesso poteva essere patrono del proprio manomesso[9]. Del rimanente un vincolo analogo a quello di patronato nasceva pure nei vecchi tempi dalla salvezza in guerra della vita[10].

469. Dall'idea fondamentale del patronato nasceva

(1) *Fr.* 9. D. *de obseq.* (37. 15).
(2) Lactant. *divin. instit.* iv. 3. Ne dà esempi Plinius *hist. nat.* xxv. 3. (2) xxxi. 3 (2). A ciò si riferiscono pure *fr.* 77. § 15. *fr.* 88. § 6. D. *de legat.* ii. (31), *fr.* 38. §. 2. *fr.* 94. D. *de legat.* iii. (32), *fr.* 108. D. *de condit.* (35. 1).
(3) Cic. *ad famil.* xiii. 23.
(4) Certo è che le leggi delle dodici tavole ne facevano parola, Ulpian. xxix. 1; Gajus iii. 40, *fragm. Vatic.* § 308.
(5) *Fr.* 7. §. 4. D. *de obseq.* (37. 15).
(6) Ulpian. xi. 3, *fr.* 3. pr. D. *de legit. tutor.* (26. 4).
(7) Vedi § 13.
(8) Vedi § 15.
(9) *Fr.* 5. § 22. D. *de agnosc. et alend. liber.* (25. 3).
(10) Polyb. vi. 39 (37), Liv. xxii. 29.

in primo luogo l'obbligo pel manomesso di mostrarsi in ogni tempo compiacente e rispettoso verso il padrone[11]. Per l'osservanza di un tal diritto aveva questi ne' primi tempi un potere disciplinare[12]; ma più tardi, e probabilmente per disposizione di Ottaviano, non gli rimase che la facoltà di relegare il manomesso dalla città[13]. A questi però s'inferiva un castigo adeguato[14], ed i prefetti della città e governatori delle provincie avevano l'incumbenza di punire con ammonizioni e pene pecuniarie od afflittive, secondo la gravità del caso, le giuste querele dei patroni[15]; che anzi, giusta la legge Elia Senzia, davasi per causa di grave ingratitudine un'azione criminale[16]. Secondo il diritto ulteriore, il padrone poteva ben anco rifare schiavo il manomesso ingrato[17]. Questo dovere di gratitudine e di pietà si estendeva pure ai figli del manomesso[18], come il correlativo diritto di

(11) *Obsequium et reverentiam præstare debet*, *fr.* 9. § 3. D. *de offic. procons.* (1. 16), *fr.* 4. § 16. D. *de doli mali except.* (44. 4).

(12) Valer. Max. vi. 1, 4.

(13) Tacit. *ann.* xiii. 26.

(14) *Fr.* 7. § 2. *fr.* 11. § 7. D. *de iniur.* (47. 10).

(15) *Fr.* 1. § 10. D. *de offic. præf. urb.* (1. 12), *fr.* 9. § 3. D. *de offic. procons.* (1. 16), *fr.* 1. 7. § 1. D. *de iure patron.* (37. 14).

(16) Dosith. *Hadriani senteut.* 3, *fr.* 30. D. *qui et a quib.* (40. 9), *fr.* 70. pr. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(17) Claudio aveva già in alcuni casi applicato questo mezzo, Sueton. *Claud.* 25, *fr.* 5. pr. D. *de iure patron.* (37. 14). Regnante Nerone lo si volle erigere in legge generale, ma senza effetto, Tacit. *ann.* xiii. 26. Più tardi si ritornò su questo progetto, *fr.* 6. § 1. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 21. pr. D. *quod. met. caus.* (4. 2), c. 12. C. *de oper. libert.* (6. 3), c. 30. C. *de liber. causa* (7. 16), e Costantino ne fece una regola generale, c. 2. C. *de libert.* (6. 7), c. 1. C. Th. *de libert.* (4. 11), § 1. J. *de capit. demin.* (1. 16).

(18) C. 3. C. Th. *de libert.* (4. 11), c. 4. C. *de libert.* (6. 7).

obbedienza e rispetto coi mezzi coattivi che ne conseguitavano trapassava nei figli[19], ed altri eredi [20] del patrono. Valentiniano III abolì questi diritti, non lasciando sussistere che l'azione ordinaria ad ingiuria[21]; ma simil legge non fu da Giustiniano adottata.

470. L'intimità del vincolo, che in ciò consuonava coll'antica clientela, faceva che i libertini non potessero evocar in giudizio il patrono, i suoi genitori e figli che previa licenza del pretore[22], la quale non si otteneva, in caso di azioni infamanti, che per stringenti motivi[23], e quasi mai nel caso di azioni capitali[24]. Il libertino aveva pure, a guisa del cliente, l'obbligo di alimentare, in caso di bisogno, il patrono, i figli e genitori di lui [25], e di proteggerli in altre occorrenze, coll'assumerne in ispecie, se chiamato, l'amministrazione dei beni e la tutela dei figliuoli[26]. Dell'importante diritto di successione e

(19) *Fr.* 5. § 20. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 1. § 10. D. *de offic. præf. urb.* (1. 22), *fr.* 9. § 3. D. *de offic. procons.* (1. 16), *fr.* 1. D. *de iure patron.* (39. 14).

(20) *C.* 2. 3. C. Th. *de libert.* (4. 11), *c.* 3. C. *de libert.* (6. 7).

(21) *Nov.* Valentin. iii. tit. xxiv. *de libertis c.* 1. pr. § 1. 8. 9.

(22) Gajus iv. 46. 183. 187, *fr.* 4. § 1. *fr.* 10. § 5-9. *fr.* 24. 25. D. *de in ius voc.* (2. 4).

(23) *Fr.* 10. § 12. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 2. 5. § 2. *fr.* 6. 7. pr. D. *de obseq.* (37. 15), *c.* 2. C. *de in ius voc.* (2. 2), *c.* 2. C. *qui et adversus quos in integr. restit.* (2. 42).

(24) *Fr.* 8. D. *de accus.* (48. 2), *c.* 21. C. *de accus.* (9. 1), *c.* 2. C. Th. *de libert.* (4. 11), *c.* 4. C. Th. *ne præter crimen maiest.* (9. 6).

(25) Dosith. *Hadriani sentent.* 8; Paul. *sent. rec.* ii 32, *fr.* 5. § 18-21. 24. 25. 26. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 24. D. *de iure patron.* (37. 14).

(26) Dionys. xi. 36, *fr.* 19. D. *de iure patron.* (37. 14), *fragm. Vatic.* § 221. Vedi in proposito Rudorff *Vormundschaft.* ii. § 98.

della tutela spettante al patrono ed a' suoi figli sui libertini si dirà a suo luogo. I figli del patrono avevano tutti questi diritti in qualità non di eredi, ma di membri naturali della casa; ondechè li conservavano anche nel caso di rinunzia all'eredità o di diseredazione [27]. Secondo un senatoconsulto però dei tempi di Claudio, quando vi erano più figliuoli, il liberto poteva assegnarsi esclusivamente ad uno [28]. Se lo schiavo apparteneva a più padroni, ed era da tutti insieme manomesso, ciascuno ne rimaneva patrono [29].

471. Oltre a questi diritti che al patrono appartenevano per legge, esso poteva all'atto della manumissione farsi promettere diritti particolari. Tal era primieramente la riserva di doni periodici [30] e di uffici o servigi. Gli uffici erano di due specie, cioè uffici generici d'affetto e di onore che si dovevano prestare ad ogni richiesta del patrono [31], e uffici manuali o meccanici [32]. Ma affinchè queste promesse fossero obbligatorie, dovevano farsi o sotto forma di stipulazione [33] o sotto giuramento [34]. Se la promessa era fatta in termini espressi anche ai

(27) *Fr.* 9. D. *de iure patron.* (37. 14), Gajus III. 58.

(28) *Fr.* 1. D. *de adsignand. libert.* (38. 4), tit. J. *de adsign. libert.* (3. 8).

(29) Gajus III. 59.

(30) *Dona et munera*, *fr.* 7. § 3. *fr.* 47. D. *de oper. libert.* (38. 1), *fr.* 53. 194. 214. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(31) *Operæ officiales*, *fr.* 26. § 12. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 1. 3. 13. § 2. *fr.* 15. pr. *fr.* 16. § 1. *fr.* 17. 22. pr. *fr.* 23. § 1. *fr.* 26. pr. *fr.* 38. D. *de oper. libert.* (38. 1).

(32) *Operæ fabriles*, *fr.* 26. § 12. D *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 7. § 5. *fr.* 16. 23. pr. *fr.* 24. D. *de oper. libert.* (38. 1).

(33) *Fr.* 3. pr. *fr.* 5. 37. pr. D. *de oper. libert.* (38. 1).

(34) Cic. *ad Attic.* VII. 2; Gajus *epit.* II. 9. § 4, *fr.* 7. pr. § 2. D. *de oper. libert.* (38. 1), *fr.* 44. pr. D. *de liber. causa* (40. 12).

figli, costoro ne avevano il diritto senza considerazione della lor qualità di successori o non del patrono[35]. Senza formal promesssa, il diritto ai servigi officiosi cessava col patrono; ma i servigi tecnici, siccome parte dei beni, passavano agli eredi[36], e quindi anche ai figli[37]. Per acchiappare il manomesso cui si volevano imporre i servigi, si dava un interdetto particolare[38]. Lo stipular danaro in cambio dei servigi era dopo la legge Elia Senzia vietato sotto pena della perdita del patronato[39]; nè parimenti si potevano quelli cedere per danaro a un terzo, salvochè non se ne potesse usare personalmente[40]. Un'altra specie di riserva consisteva nel diritto pel patrono, quando il manomesso trascorresse contro lui, di far certe domande. Ma siccome questa riserva non era che un mezzo di tenere il manomesso in perpetua paura e soggezione, il pretore Rutilio a mezzo il secolo settimo gli accordò una tutela per via di eccezioni, e nel caso d'infrazione de' suoi doveri permise di stipulare al più una divisione per metà de'suoi beni[41]. Ma non guari dopo questo stesso patto fu dichiarato nullo[42].

(35) *Fr.* 4. 5. 22. § 1. *fr.* 29. D. *de oper. libert.* (38. 1).
(36) *Fr.* 6. 9. D. *de oper. libert.* (38. 1).
(37) *Fr.* 7. § 6-9. *fr.* 22. § 1. D. *de oper. libert.* (38. 1).
(38) *Interdictum de liberto exibendo*, Gajus IV. 162, *fr.* 2. § 1. D. *de interd.* (43. 1).
(39) *Fr.* 32. § 1. 2. D. *qui et a quib.* (40. 9), *fr.* 5. § 22. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 6. § 1. D. *de iure patron.* (37. 14), *c.* 6. pr. C. *de oper. libert* (6. 3).
(40) *Fr.* 25. D. *de oper. libert.* (38. 1).
(41) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 2. D. *de oper. libert.* (38. 1), *fr.* 1. § 5. 6 *fr.* 2. § 2. D. *quar. rer. act.* (44. 5).
(42) *Fr.* 36. D. *de oper. libert.* (38. 1), *fr.* 1. § 47. D. *quar. rer. act.* (44. 5).

Del che i pretori indennizzarono in certo modo il patrono, accordandogli un diritto di successione, non più limitato al caso di un'offesa, ma incondizionato, sopra una data parte dell'eredità [43]. I donativi ed i servigi rimasero quindi l'unico aggravio che si potesse ancora imporre alla libertà. Nel che pure s'introdusse una grave restrizione, e fu che il patrono non dovesse godere di questo vantaggio unitamente al mentovato diritto di successione, ma se chiesto avesse i donativi e servigi promessi [44], o rivendutili al manomesso [45], o solamente fatto sentire di averglieli rimessi [46], ciò importasse una rinunzia al suo diritto successorio, e il manomesso acquistasse piena libertà di testare. Un'altra disposizione positiva fu, che dopo la legge Giulia e Pappia Poppea il libertino avente in podestà due figli proprii si affrancava dall'obbligo dei servigi o donativi promessi [47].

472. Patrono era colui al quale il libertino andava debitore della libertà. Conformemente a ciò, nella manumissione per disposizione diretta di ultima volontà si reputava patrono il defunto nell'orco [48],

(43) *Fr.* 1. § 2. D. *de bon. libert.* (38-2). Di questa *partis bonorum possessio* si parlerà ancora nel Diritto successorio

(44) *Fr.* 20. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 32. D. *de oper. libert.* (38. 1), *c.* 2. C. *de bon. possess. contra tab. libert.* (6. 13) desunta dalla *c.* 7. pr. C. Th. *de testam.* (4. 4).

(45) *Fr.* 37. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2), *c.* 4. C. *de oper. libert.* (6. 3).

(46) *Fr.* 41. D. *de oper. libert.* (38. 1).

(47) *Fr.* 37. pr. D. *de oper. libert.* (38. 2). Di questa *partis bonorum possessio* si parlerà ancora nel Diritto successorio

(48) In questo caso il manomesso si chiamava *libertus orcinus*, Ulpian. II. 8; Gajus II. 267, c. 10. C. *de testam. manum.* (7. 2), § 2. J. *de singul. reb.* (2. 24).

e i diritti di patronato sopravvivevano nella sua famiglia [49]. L'affrancamento seguito in virtù del senatoconsulto Silaniano [50], in cui il pretore non avesse assegnato un patrono, soggiaceva alla stessa regola [51]. Quanto alla schiava che, contro il patto apposto alla vendita, era stata dal compratore prostituita [52], si faceva una distinzione. Se diveniva libera in virtù del contratto, ne rimaneva patrono il venditore [53]. Se questi ne aveva pattuito il ritorno nella sua podestà [54], e la prostituiva poi egli stesso, diventava parimente libera, e il venditore andava privo in pena dei diritti patronali [55].

473. Ma il diritto di patronato presupponeva mai sempre, giusta la sua idea fondamentale, un beneficio spontaneamente largito. Perciò quando la manumissione non era od era solo in parte il frutto della libera volontà del padrone, i diritti di patronato cessavano egualmente in tutto o in parte. Da indi nella manumissione fedecommessaria [56] il manumissore ben era patrono, e aveva diritto al rispet-

(49) *Fr.* 3. § 3. D. *de legit. tut.* (26. 4), *fr.* 48. D. *de manum. testam.* (40. 4), *fr.* 33. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5), *c. un.* § 7. C. *de latin. libert.* (7. 6).

(50) Vedi § 452.

(51) *Fr.* 5. D. *qui sine manum.* (40. 8), *fr.* 3. § 4. D. *de suis* (38. 16), *fr.* 4. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2).

(52) Vedi § 452.

(53) *Fr.* 7. pr. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 10. § 1. D. *de in ius voc.* (2. 4).

(54) *C.* 1. C. *si mancip.* (4. 56), *fr.* 56. D. *de contr. emt.* (18. 1).

(55) *Fr.* 10. § 1. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 7. D. *qui sine manum.* (40. 8), *c. un.* § 4. C. *de latin. libert.* (7. 6).

(56) Vedi in proposito § 455.

to[57], all' eredità[58] ed alla tutela[59], dovendosi supporre che il testatore avesse a lui voluto conferire questi diritti, ma non aveva l'accusa per ingratitudine[60], nè il diritto agli alimenti[61], che presupponeva un puro beneficio, nè il diritto di riservarsi donativi e servigi[62], per essere un tale aggravio manifestamente contrario all'intenzione del testante. Che anzi, s'egli si era fatto costringere in giudizio alla manumissione o vi si era rifiutato[63], perdeva tutti i diritti patronali, e il manomesso si considerava come liberto del defunto e della sua famiglia[64]. Oltrecciò chi aveva, come agente intermedio, comperato lo schiavo col suo danaro per poi manometterlo[65], restava bensì patrono nominale a motivo della sua condiscendenza, ma senza diritto ad alimenti, a gratitudine, a servigi ed alla eredità; e se vi si era fatto costringere perdeva eziandio il nome di patrono[66]. Altro era se il vero padrone aveva manomesso per danaro[67]; questi ser-

(57) *Fr.* 9. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fragm. Vatic.* § 225, c. 5. C. *de oper. libert.* (6. 3).
(58) *Fragm. Vatic.* § 225, *fr.* 29. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 3. § 1. D. *de suis* (38. 16), c. 1. C. *de bon. possess. contra tabul.* (6. 13).
(59) *Fr.* 3. § 1. D. *de legit. tutor.* (26. 4).
(60) C. 1. C. *de libert.* (6. 7).
(61) *Fr.* 5. § 22. D. *de agnosc. liber.* (25. 3).
(62) *Fr.* 7. § 4. *fr.* 47. D. *de oper. libert.* (38. 1), *fr.* 29. D. *de bon. libert.* (38. 2), c. 5. C. *de oper. libert.* (6. 3).
(63) *Fr.* 1. § 3. D. *de legit. tutor.* (26. 4).
(64) *Fr.* 3. § 3. D. *de legit. tut.* (26. 4), *fr.* 5. 30. § 12. 13. *fr.* 49. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).
(65) Vedi § 461.
(66) *Fr.* 10. pr. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 5. § 22. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 3. D. *de obseq.* (37. 15), *fr.* 45. § 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 2. § 4. D. *de bon. libert.* (38. 2), c. 7. C. *de oper. libert.* (6. 3), c. 1. C. *de bon. libert.* (6. 4).
(67) Vedi § 461.

bava tutti i diritti patronali[68], nè altro gli era vietato che di pattuir servigi[69]. Finalmente chi aveva manomesso per effetto della condizione apposta alla compra[70], diventava in tutti i casi patrono[71] col diritto alla tutela ed alla eredità[72], ma privo dell'accusa per ingratitudine[73].

474. Il diritto però di patronato era misto a doveri, e negando il patrono di alimentare il manomesso bisognoso[74], o movendogli contro un' accusa capitale[75], ne incorreva in pena la perdita. Il simile aveva luogo a norma della legge Elia Senzia, se abusando della sua autorità gli strappava una promessa giurata di non maritarsi[76]. Esso inoltre cessava se il patrono incorreva la deportazione[77], e se il manomesso, coll'assenso del patrono, si disposava ad una serva fiscale o ad una colona[78]. Il diritto conferito dall'imperatore a un manomesso[79], previo però il ne-

(68) *Fr.* 3. § 1. D. *de obseq.* (37. 15), *fr.* 38. § 1. D. *de liber. causa* (40. 12), *c.* 1. C. *de bon. libert.* (6. 4).
(69) *C.* 3. C. *de oper. libert.* (6. 3).
(70) Vedi § 461.
(71) *Fr.* 10. pr. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 8. § 1. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 45. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2).
(72) *Fr.* 3. § 2. D. *de legit. tut.* (26. 4), *fr.* 3. § 3. D. *de suis* (38 16), *fr.* 3. § 3. D. *de bon. libert.* (38. 2).
(73) *Fr.* 30. pr. D. *qui et a quib.* (40. 9).
(74) *Fr.* 5. § 1. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 6. pr. D. *de agnosc. liber.* (25. 3). *fr.* 33. D. *de bon. libert.* (38. 2).
(75) *Fr.* 9. § 1. *fr.* 10. 11. 17. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 10. § 11. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 5. § 23. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *fr.* 14. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2).
(76) *Fr.* 6. 15. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 3. § 5. D. *de suis* (38. 16), *fr.* 24. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 31. 32. pr. D. *qui et a quib.* (40. 9).
(77) *Fr.* 10. § 6. D. *de in ius voc.* (2. 4), TACIT. *hist.* II. 92.
(78) C. 2. C. *de bon. libert.* (6. 4).
(79) Vedi § 332.

cessario consenso del patrono[80], di portar anelli d'oro non scemava il giure di patronato[81], ma per contro la restituzione dei natali lo scioglieva intieramente, motivo per cui tornava affatto indispensabile il consenso di quello[82]. Giustiniano permise pure al manomettente di sciogliere con una dichiarazione il manomesso dal diritto di patronato, nel qual caso cessar dovesse ogni obbligo ad eccezione di quello del rispetto e della relativa azione per ingratitudine[83]. Questa disposizione venne da lui mantenuta in quella posteriore con cui ogni manumissione fu assimilata ne' suoi effetti alla concessione del diritto agli anelli d'oro ed alla restituzione dei natali[84]. Per fermo i diritti patronali, quando non sen facesse una formale rinuncia, sopravvivevano; ma la rinuncia stessa non poteva aver altro effetto, fuor di quello sopra indicato[85].

(80) *Fragm. Vatic.* § 226, *fr.* 1. 5. 6. D. *de iure aureor. annul.* (40. 10), *fr.* 10. § 3. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 3. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 42. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), *c.* 2. C. *de iure aureor. annul.* (6. 8).

(81) *Fr.* 3. D. *de iure aureor. annul.* (40. 10).

(82) *Fr.* 2. 4. 5. D. *de natal. restit.* (40. 11), *fr.* 3. § 1 D. *de bon. libert.* (38. 2).

(83) *C.* 3. C. *de bon. libert.* (6. 4).

(84) Vedi § 462.

(85) *Nov.* 78. *c.* 1. 2. Zimmern I. p. 788. 794 ha un'interpretazione falsa, che io ho seguito nella prima edizione. Egli crede che con questa Novella siasi abolito intieramente il patronato ad eccezione della *reverentia* ed *ingrati actio*. Ma le Basiliche dimostrano che l'instituto continuò ad essere come prima. Io debbo la scoperta di quest'errore all'osservazione di Puchta *Institutionen* II. § 215.

CAPITOLO V.

RELAZIONI DI PODESTÀ SOPRA LIBERI.

475. Oltre alla schiavitù v'erano anche presso i Romani rapporti di podestà sopra liberi. Essi erano la podestà patria, la mano (*manus*) ed il mancipio[1]. Tutti e tre avevano di comune la soggezione alla volontà di un altro in guisa pressochè analoga alla proprietà [2]. Ma ognuno aveva poi un carattere speciale derivante dalla natura sua propria. Queste relazioni di potere corrispondevano ai rozzi costumi domestici, e sino a che questi si conservarono furono semplici, ma virili. Allorchè però i giurecon-

(1) GAJUS I. 49. Ma l'espressione *in manu esse* è anche usata dagli scrittori non legali ad indicare la podestà patria e la tutela, LIV. III. 45. XXXIV. 2. 7.

(2) Chi era in *potestate*, *manu* o *mancipio*, non era *sui*, ma *alieni iuris*, GAJUS I. 48. 49. 50; ma chi dipende da un altro non ha verso costui alcun diritto, che è quanto dire, è in sua balia. Questa è una chiara prova, che anche la mano ed il mancipio davano vita ad un rapporto di podestà personale. Ma che in esso fossevi pure un misto di proprietà, si desume da che colui, il quale era in *potestate, manu* o *mancipio*, poteva essere dal podestatario mancipato ad un terzo. Altra opinione porta però ZIMMERN I. § 122. 226, il quale sostiene che la mano ed il mancipio non inducevano una podestà personale, ma si applicavano soltanto al diritto di acquistar beni per mezzo di simili persone. Ma le sue prove sono in parte insufficienti, e in parte desunte dal diritto dei tempi ulteriori, in cui questi stati di persona avevano già perduto la vera loro significazione. Troppo ambigua è pure l'esposizione di BÖCKING, *Institutionen* I. § 43-46. 48, il quale crede di aver portato nuova luce in quest'argomento col passare ad esame, fra le altre cose, l'influsso delle relazioni di podestà sopra il connubio ed il commercio. Il costume popolare non produceva siffatte relazioni caratteristiche per cose di poco conto

sulti ne scrivevano, molte cose, riguardo sopratutto alla mano ed al mancipio, erano già divenute insignificanti e artificiali.

476. La podestà patria poggiava sul principio che il padre genera allo Stato un cittadino [3], a sè un figlio. Quindi nel diritto pubblico il figlio di famiglia era libero e indipendente; poteva occupare una magistratura, essere tutore [4], e benchè privo di fortuna, votare nella tribù o classe del padre. All'incontro nel giure privato, ossia nella famiglia, che ne era il perno vigeva il principio, che il padre poteva considerare e trattar come cosa sua ciò che avea di sè generato. Che tal fosse il fondamento della patria podestà romana, cioè l'idea di una proprietà acquistata per generazione, e non come parecchi scrittori opinano, l'idea di una magistratura domestica, vien dimostrato dai seguenti particolari di fatto [5]. Primieramente, ad acquistare la podestà patria sopra un figlio, conveniva che tra i genitori fosse stato, non nel punto solo della nascita, ma dall'epoca del concepimento, un matrimonio con connubio [6]; la qual restrizione applicata all'idea di una magistratura domestica non ha senso. Secondo, il pa-

(3) Vedi in proposito § 436.

(4) *Fr.* 9. D. *de his qui sui* (1. 6), *fr.* 77. 78. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 13. § 5. *fr.* 14. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1), *fr.* 18. pr. D. *de manum. vindict.* (40. 2).

(5) Anche SAVIGNY, *System* I. 358. 360. III. 12, oltre ad altri antichi e moderni scrittori, sostiene un diritto di proprietà del padre sui figli; locchè BÖCKING I. § 43. nota 9 chiama idea strana. Ma che questa proprietà si fondasse sulla generazione, niuno, ch'io mi sappia, l'ha prima di me osservato e dimostrato, tuttochè BÖCKING, senza però darne prova, assicuri il contrario.

(6) GAIUS I. 56. 94.

dre acquistava pure la podestà patria sui figli generati dal figlio proprio, poichè indirettamente poteva considerarli come generati da se medesimo [7]; e ciò ad onta che il figliuolo fosse separato dalla casa paterna, ed i nepoti per conseguenza fuor della cerchia della magistratura domestica. Terzo, se il padre emancipava il figliuolo, ne riteneva però in podestà la prole. Che anzi, se la moglie di questo, nel punto in cui lo emancipava aveva concepito un figlio, ma datolo poi alla luce nella casa del figliuolo emancipato, apparteneva esso pure all'avo [8]. Ora, per mettere questa regola d'accordo con una magistratura domestica, converrebbe supporre, che questa si fosse acquistata sul figlio nel grembo stesso materno. Quarto e finalmente il diritto del padre di vendere i figli non si addice ad una magistratura. La ragione poi per cui il padre solo, esclusa la madre, aveva un potere sui figli, è, che giusta le idee romane la madre non genera, ma riceve soltanto e dà forma al ricevuto [8a]. Quanto agli altri componenti della patria podestà, se ne tratterà più acconciamente in proposito delle relazioni tra genitori.

477. La mano era un vincolo di podestà formato per matrimonio, e che non poteva in conseguenza aver luogo che sopra persone di sesso femminile [9]. Essa aveva per effetto di rendere giuridicamente la moglie figlia del marito [10], epperò sorella dei pro-

(7) § 3. J. *de patr. potest.* (1. 9).
(8) Gaius I. 135, § 9, J. *quib. modis ius* (1. 12).
(8a) Varro *de ling. lat.* V. 61.
(9) Gajus I. 108. 109.
(10) *Filiæ loco*, Gajus I. 111. 114. 115*b*. 136. II. 139, Boeth. *ad Topic.* 3. Perciò una legge diceva, che colla mano la donna è *in potestate viri*, Tacit. *ann.* IV. 16, la qual pa-

prii figli [11], e se il marito era ancora in podestà, nipote del costui padre [12]. Quindi ella passava del tutto nella costui famiglia ed era, nel proprio senso, madre della casa [13]. Diventava estranea alla famiglia sua propria; subiva una *minima capitis deminutio* [14]; cessava in lei la podestà del padre, la tutela degli agnati; cessava ella pure di essere loro agnata, e se era una manomessa, svaniva il diritto di patronato, quello almeno avente natura civile [15].

478. La mano però non nasceva issofatto dal matrimonio, ma si stabiliva a parte. A questo fine si usavano fin dai più remoti tempi tre forme: la confarreazione, l'uso e la coemzione [16], di cui la prima era propria de' patrizi, e le due altre comuni a' clienti ed a' plebei, a questi almeno dopo le dodici tavole. La confarreazione consisteva in un sacrificio solenne e significantissimo, al quale intervenivano come testimoni il Pontefice Massimo, il Flamine di Dite e dieci cittadini, corrispondenti evidentemente in origine alle

rola ZIMMERN I. § 226, nota 7 non vuole che si consideri come rigorosa espressione legale. Ma la consonanza colla *filia familias* si vede pure in ciò, che il marito ed il padre di lui potevano per testamento dare alla moglie *in manu* un tutore, GAJUS I. § 148.

(11) GAIUS III. 14. 24, *Collat. leg. Mos.* XVI. 6.

(12) *Neptis loco*, GAIUS II. 159. III. 3; ULPIAN. XXII. 14. Non si deve però conchiuderne che in questo caso il padre del marito avesse la mano. Questa, come chiaramente dicono i passi precitati, risiedeva nel marito, benchè fosse *filiusfamilias*.

(13) DIONYS. II. 25. E si chiamava perciò *materfamilias*, CIC. *Topic.* 3. (4). QUINTIL. *inst. orat.* V. 10; GELLUS XVIII. 6; SERVIUS *ad Æn.* XI. 476. 581. Più tardi quest'espressione ebbe un senso affatto diverso, ULPIAN. IV. 1.

(14) GAJUS I. 162. IV. 38; ULPIAN. XI. 13.

(15) GAJUS III. 51.

(16) ID. I. 110.

dieci curie di uno stipite[17]. I matrimonii così conchiusi si reputavano sacri[18]. Quindi è che la dignità di Flamine di Dite, di Marte e di Quirino non si poteva conferire che ad un figlio nato di un tal matrimonio[19]; eglino stessi dovevano contrarne uno simile[20], e i figli che ne nascevano fungevano come fanciulli sacrifiziali[21]. Mercè di quest'alleanza colle dignità sacerdotali patrizie la confarreazione stette fra i patrizi in vigore, mentre nel vivere ordinario era da lunghissimo tempo scomparsa[22]. Una legge però dei tempi di Tiberio tolse alla mano stabilita in quella forma ogni significazione di giure civile[23], e finalmente collo spegnersi dell'antica religione se ne spense anche la forma.

479. La mano nasceva per uso, quando la moglie aveva per un anno senza interruzione abitato col marito[24]. Questa forma però di costituzione della mano non era accessibile alle donne che stavano in tutela[25], ma a quelle unicamente soggette a patria potestà. Senonchè queste pure avevano, secondo le leggi delle dodici tavole, un mezzo di impedire la costituzione della mano, il quale consisteva nello starsene annualmente per tre notti consecutive fuor della

(17) Id. I. 112; Ulpian. IX., Servius *ad Georg.* I. 31. *ad Æn.* IV. 103. 374.
(18) Dionys. II. 25.
(19) Tacit. *ann.* IV. 16.
(20) Servius *ad Æn.* IV. 103. 374; Gaius I. 112.
(21) *Patrimi*, *matrimi*, Servius *ad Georg.* I. 31; Tacit. *hist.* IV. 53; Festus *v. Flaminius.*
(22) Con quest'esclusiva applicazione ai patrizi si spiega il motivo per cui Cic. *pro Flacco* 34. nel caso da lui trattato non si occupò a discutere che le altre due forme.
(23) Tacit. *ann.* IV. 16; Gajus I. 136.
(24) Gajus I. 111; Servius *ad Georg.* I. 31
(25) Cic. *pro Flacco* 34.

casa del marito[26]. Questo ripiego in un tempo in cui i costumi rendevano ancor malagevole la separazione della donna dal marito, serviva ad assicurare al padre contro un marito, in cui non avesse fede, la podestà sulla figlia, e il conseguente diritto di ridomandarla. Ma a' tempi di Gaio questa forma di costituzione era già in parte abolita formalmente per legge, e in parte caduta in disuso[27].

480. La coemzione infine consisteva in una mancipazione, cioè in una compra immaginaria tra marito e moglie[28], e se questa era figlia di famiglia, coll'autorità del padre[29], od altrimenti de' suoi tutori[30]. Precedeva all'atto una mutua domanda e risposta sulla comunione nuziale e domestica[31], dopo la quale il marito pronunziava la formola di compra[32]. Oggetto della compra era la stessa moglie[33]; ma collo scopo sopra indicato si esclu-

(26) GELLIUS III. 2; MACROB. *Saturn.* I. 3.
(27) GAJUS I. 111.
(28) ID. I. 113; SERVIUS *ad Georg.* I. 31. *ad Æn.* IV. 130. 214; BOETH. *ad Topic.* 3; ISID. V. 24; CIC. *pro Murena* 12. *de orat.* I. 56.
(29) *Collat. leg. Mos.* IV. 2. 7.
(30) CIC. *pro Flacco* 34; *pro Cluent.* 5; GAJUS I. 195.
(31) Lo dice Ulpiano in BOETHIUS *ad Topic.* 3.
(32) Così doveva essere, poichè altrimenti neppure in apparenza vi sarebbe stata vendita. Nè è contrario GAJUS I. 123; poichè questi dice semplicemente che la formola non versava sulla proprietà quiritaria come nei casi ordinarii, GAJUS I. 119.
(33) Altra è l'opinione di BÖCKING *Institutionen* I. § 46. Egli sostiene che l'oggetto proprio della mancipazione erano i beni della moglie, e che con essi davasi pure la persona. Ma egli non vorrà negare, che nella coemzione di una *filiafamilias* si mancipasse la persona stessa, poichè legalmente non si poteva parlar di beni. Ora, ammessa quest'eccezione, il principio perde una buona metà dell'applicazione, e si riduce ad un artificio inutile. L'opinione di BÖCKING

devano gli effetti ordinarii della compra, la quale si riduceva ad una semplice investitura della cosa. Questa forma di costituzione della mano è ancor detta in vigore da Gaio. Ma nel diritto Giustinianeo più non si parla nè di lei, nè della mano in generale. Del resto quanto all'estinzione ed agli effetti della medesima riguardo ai beni, si dirà in proposito del matrimonio.

481. La forma della coemzione si usava altresì per trovato de' giureconsulti a fini secondarii meramente artificiali. Davansi casi in cui importava alla donna di essere nel mancipio di un altro, tuttochè ad oggetto soltanto di essere nuovamente da questi manomessa. Quanto alla figlia di famiglia, questo scopo si poteva ottenere con una mancipazione, che il padre facesse di lei ad un altro; e quanto alla donna non soggetta a podestà, lo stesso aveva luogo, s' ella si poneva per coemzione nella mano di un marito qualunque, senzachè però si contraesse matrimonio, ma unicamente perchè egli la remancipasse ad un altro, il quale poi la manomettesse [34]. La coemzione volta ad un tal fine poteva benanco farsi col proprio marito. La moglie entrava in questo caso con lui nella relazione di figlia [35]; non però mai se il coemzionatore era uno straniero [36].

482. Il mancipio finalmente nasceva dalla man-

è pur combattuta da Gaio I. 123. Infatti il confronto che questi instituisce coi caduti in mancipio non sarebbe stato possibile, se la coemzione non si fosse pur riferita alla persona; e quanto ai beni, contuttochè non vi fosse luogo più acconcio a parlarne, non ne fa parola.

(34) Gajus I. 114. 115. 115a. 118. 118a. 195.

(35) Id. I. 115b.

(36) Id. I. 118. 136.

cipazione del figlio, che si faceva altrui dal padre alla cui podestà stava soggetto [37], o della donna da chi l'aveva in mano [38]. Questa condizione s'assomigliava quasi in tutto ne' primi tempi alla schiavitù [39]. La podestà si associava come negli schiavi all'idea di proprietà, per cui, morendo il podestatario, passava agli eredi; poteva inoltre devolversi ad una donna, e il modo di manumissione corrispondeva in tutto a quello degli schiavi. Quindi non era il caso, come pei figli di famiglia, di rimanenza dei diritti politici. Ma fra un tale stato e la schiavitù correva il divario che i diritti dell'ingenuità non erano perduti, bensì sospesi. A questa differenza ne tenevano dietro altre. L'ingenuo mancipato non era in possesso come lo schiavo [40]; un atto di sevizie del podestatario gli dava diritto ad un'azione a ingiuria [41]; il suo matrimonio era legittimo, e i figli che ne nascevano non cadevano nel mancipio del podestatario [42]. Quanto ai beni il mancipato, come lo schiavo,

(37) Gajus I. 116. 117.

(38) Id. I. 118; Festus v. *Remancipatam*.

(39) Ciò non è che l'espressione di una conseguenza giuridica, la quale vien confermata dal fatto che in Cic. *pro Cæcina* 34 colui che suo padre ha venduto vien confuso con quello che è stato in pena venduto schiavo dal popolo. Dicesi anzi de' mancipati: *aliorum fiunt dominii*, Festus v. *Emancipati*. Persin negli atti, in cui la mancipazione non era che apparente, si cadeva in una *imaginaria servilis causa*, *fr.* 3. § 1. D. *de capit. minut.* (4. 5), Theophil. I. 12. § 6. Quindi è che anche più tardi si dice: *servorum loco erant*, Gajus I. 123. 138. III. 114.

(40) Gajus II. 90.

(41) Id. I. 141. Non per tanto si può dubitare se egli potesse esercitarla di subito, ovvero non prima della manumissione, o se il padre solo per lui.

(42) Gajus I. 135.

tutto acquistava pel padrone [43]. Ma le obbligazioni che contraeva nello stato di mancipio, si governavano con altro principio; il creditore cioè poteva agire sui beni che avrebbe quello posseduto dove non fosse caduto in mancipio [44]. Ma generalmente è dubbio, se mai occorressero mancipazioni di donne in forza della mano, salvochè per coprire altri disegni [45]; ed anche pe' figli il mancipio non ebbe un valor reale che più tardi, quando il padre a compenso di un danno dava in mancipio il figliuolo [46]. La manumissione si faceva per vindicazione (*vindicta*), per censo e testamento; ma in essa non avevano luogo le restrizioni della legge Elia Senzia e Furia Caninia [47]. Il manomesso rientrava nell'integrità dei diritti d'ingenuo [48]; ma se nei primi tempi venisse iscritto nelle tribù civiche assegnate ai manomessi ordinarii, s'ignora. Al manomettente restava una specie di patronato, non senza importanza, specialmente nella tutela e nel diritto successorio [49].

485. Del resto vi erano nel diritto romano alcuni altri rapporti di dipendenza analoghi al mancipio. Tal si era per primo la condizione del debitore insolvente aggiudicato al suo creditore [50]. Il debitore doveva scontare il debito lavorando nella costui casa,

(43) Gajus II. 86. 90. 96.
(44) Id. IV. 80. Böcking, *Institutionen* I. § 46. nota 5. § 47. nota 7, vuole, se male non m'appongo, restringere questa facoltà ai debiti, che uno portava con sè nel mancipio. Ma il passo anzidetto è concepito in termini generici.
(45) Gajus I. 115. 118 *a*. 195.
(46) Id. I. 118 *a*. 141. IV. 79.
(47) Id. I. 138. 139. 140.
(48) C. 10. C. *de patr. potest.* (8. 47).
(49) Ulpian. XI. 5; Gajus I. 115.
(50) Gajus III. 199; Gellius XX. 1.

ma poteva, quando lo avesse estinto, chiedere la libertà, e ritornare alla sua tribù[51]. Non dissimile era lo stato della persona divenuta per nesso schiavo debitario[52], e del romano prigioniero stato riscattato con danaro da un altro romano[53]. A costoro vuolsi inoltre pareggiare chi si vendeva per gladiatore[54]. Finalmente il ladro colto in flagranti veniva pure, secondo le dodici tavole, addetto (*addictus*) al derubato. Quanto a questo però i giureconsulti disputavano, se fosse realmente schiavo, ovvero in uno stato analogo a quello del debitore aggiudicato[55].

484. Il colonato, secondo il diritto recenziore, ingenerava una forma giuridica dello stesso genere[56]. I coloni erano liberi, e potevano contrarre veri matrimonii[57]; ma la loro dipendenza dal suolo li rendeva per molti rispetti uguali agli schiavi. Il proprietario del fondo aveva sovr' essi una podestà[58], e un diritto di speciale punizione[59]. Di regola e' non potevano convenirlo in giudizio[60]; i coloni fuggiaschi erano puniti come gli schiavi[61]; e dove

(51) Quintilian. *inst. orat.* v. 10, 60. vii. 3, 27, *Declam.* 311.
(52) V. per più ampi particolari il capo xv.
(53) Vedi § 435.
(54) L'*auctoratus*, Gajus iii. 199, *Collat. leg. Mosaic.* iv. 3; Brisson. *de formul.* viii. 50.
(55) Gajus iii. 189; Gellius xi. 18. xx. 1.
(56) Vedi § 400.
(57) C. 24. C. *de agricol.* (11. 47), *nov.* Valentin. tit. xxx. *de colonis vagis.* c. 1. § 2. 3.
(58) C. 21. C. *de agricol.* (11. 47).
(59) C. 24. C. *de agricol.* (11. 47), c. 52. 54. C. Th. *de hæret.* (16. 5).
(60) C. 2. C. *in quib. caus. coloni* (11. 49).
(61) C. 1. 2. C. Th. *de colon. fugitiv.* (5. 9), c. 6. 12. 23. pr. § 2. C. *de agricol.* (11. 47), c. 1. C. *de colon. Thrac.* (11. 51), c. 1. C. *de colon. Illyr.* (11. 52), c. 2. C. *de fugit. colon.* (11. 63).

il proprietario avesse venduto un colono separatamente dal fondo, se ne concedeva la vindicazione [62]. Pel rimanente il colono faceva suo ciò che risparmiava ed acquistava, salvochè non gli era lecito, acquistando stabili, alienarne, come del terreno datogli a coltivare, alcuna parte [63]. Quindi tutto che avea di suo, si chiamava, benchè molto impropriamente, suo peculio [64]. Quanto all'origine del colonato, ell'era per lo più di nascita. Se i genitori appartenevano a proprietarii diversi, le regole di riparto dei figli erano diverse secondo i tempi [65]. Nel matrimonio tra coloni e servi effettivi il figlio seguiva la madre [66]. Lo stesso era dei figli procreati da un libero con una colona [67]. Ma quanto ai figli di un colono con una libera, varie e contraddittorie furono le disposizioni [68]. I figli di un contadino libero e di una colona fiscale, od a vicenda, diventavano per legge speciale coloni del fisco [69]. Il colonato inoltre nasceva per prescrizione, cioè quando un libero aveva per lo spazio di trent'anni vissuto colono sotto un proprie-

L'analogia di queste disposizioni con quelle sopra citate (§ 450) è evidente.

(62) *C.* 7. C. *de agricol.* (11. 47).

(63) *C.* 1. C. Th. *ne colonus* (5. 11), *c.* 2. C. *in quib. caus. coloni* (11. 49).

(64) *C.* 1. C. Th. *de inquilin.* (5. 10), *c.* 18. 23. § 2. C. *de agricol.* (11. 47), *c.* 2. C. *in quib. caus. coloni* (11. 49).

(65) *C.* 1. C. Th. *de inquilin.* (5. 10), *c.* 3. C. *ut nemo* (11. 53), *c.* 1. C. *de præd. Tamiac.* (11. 68), *nov.* 156. 162. *c.* 3. La *novella* 157 non fu che una prescrizione locale e transitoria.

(66) *C.* 21. C. *de agricol.* (11. 47).

(67) *C.* 1. C. Th. *de inquilin.* (5. 10), *c.* 16. 21. 24. C. *de agricol.* (11 47), *c.* 4. C. *de agric. et mancip.* (11. 67).

(68) *Nov.* 54. pr. *c.* 1, *c.* 24. C. *de agricol.* (11. 47), *nov.* 162. *c.* 2, *const.* JUSTIN. *de adscript. et colon. a* 540.

(69) *C.* 1. C. *de præd. Tamiac.* (11. 68).

tario; egli però conservava i suoi beni in piena proprietà senza la restrizione sopra citata [70]. Finalmente il colonato si poteva abbracciare spontaneamente, col dichiarare quest'intenzione in giudizio e contrarre nello stesso tempo matrimonio con persona vivente nel colonato [71]; e poteva eziandio costituirsi a titolo di pena, poichè gli accattoni idonei al lavoro si assegnavano come coloni a chi li denunziava [72]. Ma l'egresso spontaneo dal colonato è la separazione dal fondo non era concessa, perchè quest'instituto aveva di mira l'interesse dell'agricoltura e la riscossione delle imposte. Tal fu il motivo per cui il riscatto per prescrizione, dapprima permesso [74], venne da Giustiniano abolito [75]. La stessa qualità di sacerdote non affrancava dal colonato, che giunti a dignità di vescovo [76].

(70) C. 18. 23. § 1. C. *de agricol.* (11. 47). Lo stesso era nel caso contemplato dalla *nov.* 162. *c.* 2. Perciò queste persone formavano una classe più libera di coloni, alla quale però non si deggiono riferire i *liberi coloni* di cui, pel passo citato nella nota 69.
(71) *Nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXX. *de colon. vagis c.* 1. § 5. 6.
(72) C. 1. C. *de mendic valid.* (11. 25).
(73) C. 21. C. *de agricol.* (11. 47).
(74) C. 1. C. Th. *de inquilin.* (5. 10); *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXX. *de colon. vagis. c.* 1. pr. § 1. 2. 3.
(75) C. 23. pr. C. *de agricol.* (11. 47).
(76) C. 11. 16. 37. pr. C. *de episc* (1. 3), *nov.* 123. *c.* 4 17.

CAPITOLO VI.

LA FAMIGLIA.

485. L'idea della generazione, qual era intesa riguardo alla podestà patria, traeva naturalmente il padre a considerare come generati da sè i figli dei proprii figli e i suoi ulteriori discendenti. Le persone che potevano per mezzo di un avo comune, sia che questi ancor vivesse o fosse defunto, considerarsi quai membri l'un dall'altro generati di uno stesso corpo, si chiamavano Agnati [1], ed esse sole formavano nel senso giuridico la casa, la famiglia [2]. I nipoti e pronipoti erano pure compresi generalmente fra gli agnati del padre [3]; ma quanto alla successione del capo di casa i nipoti e pronipoti che al costui decesso si trovavano direttamente nella sua podestà si chiamavano da antichissimo tempo più comunemente e con voce non troppo chiara *sui* ovvero *sui heredes* [4]. Parimenti sin dai primi tempi s'introdusse l'uso di designare fra gli agnati colla denominazione di *consanguinei* i fratelli e sorelle [5]. I figli però di figlia non appartenevano alla famiglia dell'avo materno,

(1) Gajus I. 156. III. 10, § 1. J. *de legit. agnat. tutel.* (1. 15).

(2) Ulpian. XI. 4, *fr.* 10. § 2. D. *de grad. cognat.* (38. 10), *fr.* 195. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16). In senso più stretto, col nome di famiglia si comprendevano, come lo dimostra l'ultimo passo, i figli che si trovavano sotto un padre di famiglia ancora vivente.

(3) *Fr.* 12. D. *de suis* (38. 16).

(4) Gajus II. 156. 157.; Ulpian. XXII. 14. XXVI. 1, *fr.* 10. § 3. D. *de gradib.* (38. 10).

(5) Ulpian. XXVI. 1. 7, *fr.* 2. pr. § 1. D. *de suis* (38. 16).

sibbene a quella del di lei padre[6]. Del rimanente, oltre alla generazione, l'agnazione nasceva pure ogni volta che artificialmente per adozione o mano taluno entrava, rispetto a un altro, nella condizione di figlio o nipote. Un' agnazione adunque aveva un fondamento naturale, ed un' altra era un portato artificiale [7]. Entrambe avevano un carattere civile [8]; perlochè i latini o peregrini non avevano fra loro giure agnatizio. Anche lo schiavo manomesso non poteva naturalmente aver per giusta generazione agnati nè ascendentali nè collaterali [9], e lo stesso figlio generato nella schiavitù, ma dipoi manomesso insieme al padre non diventava suo agnato senza special concessione [10]. Il simile aveva luogo pei manomessi dal mancipio; poichè l'agnazione avuta prima che fossero caduti in tale stato non si riacquistava [11]. L'agnazione, sì naturale, che artificiale, si perdeva, com'è naturale [12], colla perdita della libertà e del cittadinatico, nonchè per *minima capitis deminutio* [13], della quale si dirà fra poco.

486. Ma oltre all'agnazione legittima anche i vincoli di consanguineità naturale [14] erano tenuti nei costumi e nel diritto in molta considerazione [15]. Ciò appariva

(6) *Fr.* 196. § 1. D. *de verb. sign.* (50. 16).
(7) *Fr.* 4. § 2. D. *de gradib.* (38. 10).
(8) Epperò si diceva *legitima* o *civilis cognatio*, Gajus III. 10, *fr.* 4. § 2. *fr.* 10. § 4. D. *de gradib.* (38. 10).
(9) Theopil. III. 7. pr. Ma essi potevano aver agnati artificialmente, cioè per mano e per adozione.
(10) *Fr.* 46. D. *de adopt.* (1. 7).
(11) La prova si ha nella dottrina della tutela.
(12) *Fr.* 11. D. *de capit. minut.* (4. 5).
(13) Gajus I. 158-163.
(14) *Naturalis cognatio*, *fr.* 4. § 2. D. *de gradib.* (38. 10), Gajus I. 156.
(15) Tutto che appartiene a questo proposito fu diligen-

segnatamente nel diritto consuetudinario del bacio fra cognati [16], e nel lutto che questi dovevano scambievolmente portarsi [17]. In questo significato giuridico la cognazione comprendeva di regola sei generazioni, tanto nella linea retta [18], che nella collaterale [19], per modo che nel caso di generazioni eguali si estendeva ai sobrini, e talvolta a un grado anche più lontano [20]. Questo diritto di consanguineità non poteva in alcun modo annullarsi [21]. Un nascimento illegittimo dava pur vita ad una cognazione naturale del figlio colla madre [22]. All'incontro gli schiavi non avevano neppur nel senso naturale, nè famiglia nè consanguineità [23]; affrancati, i vincoli di parentela per essi contratti in schiavitù non si consideravano legalmente

temente raccolto da Klenze nella sua *Abhandlung über die Cognaten und Affinen* (Savigny *Zeitschrift* vi. 1). I particolari saranno da noi trattati a ragion di materia.

(16) *Jus osculi*, Plutarch. *quæst. Rom.* 6. *de virtut. mulier.* (ed. Reisk. T. vii. p. 5), Polyb. *ap.* Athenæum ed. Schweigh. x. 56. p. 114. (ed. Casaub. x. 11. p. 440), Plinius *hist. nat.* xiv. 14. (13), Gellius x. 23.

(17) Festus *v. Minuitur*, Paul. *sent. rec.* i. 21. § 13. 14.

(18) A questa allude ancora il *fr.* 10. § 7. D. *de gradib.* (38. 10), *fr.* 4. § 2. D. *de in ius voc.* (2. 4), Paul. *sent. rec.* iv. 11. § 7.

(19) *Fr.* 1. § 3. D. *unde cognati* (38. 8).

(20) Le prove ne saranno date nei singoli casi.

(21) Gajus i. 158; Ulpian. xxviii. 9, *fr.* 8. D. *de regul. iur.* (50. 17). I vantaggi giuridici che v'erano annessi potevano certamente in pena essere tolti. Tale è il senso del § 6. J. *de capit. demin.* (1. 16), *fr.* 4. § 11. D. *de gradib.* (38. 10). Vedi Savigny *System.* ii. p. 73.

(22) *Fr.* 4. § 2. D. *de gradib.* (38. 10).

(23) M. Seneca *controv.* iii. 21, *fr.* 10. § 5. D. *de gradib.* (38. 10), *fr.* 12. § 4. D. *de accusat.* (48. 2).

come tali[24], e Valentiniano III[25] e Giustiniano[26] furono i primi a modificare questo principio in ordine alla successione. I peregrini e latini avevano nel senso naturale una cognazione, ma senza i vantaggi civili correlativi. Acquistando il cittadinatico insieme co' suoi (*sui*), dovevano implorare a parte i diritti cognatizi, e Traiano fu il primo che li accordasse in perpetuo ai latini vegnenti al cittadinatico[27]. L'affinità traeva pur seco una serie di diritti[28].

487. La famiglia aveva altresì attinenze religiose sue proprie, parte pei sacri riti che ogni capo di casa aveva a celebrare in date epoche ed occorrenze[29], e parte pei sacri particolari, che erano fondazioni di certe famiglie[30]. Così i membri della casa erano anche vincolati tra loro dalla religione. Il qual vincolo durava pure fuor di casa, poichè i cognati e gli affini dovevano celebrare ogni anno una festa ai Caristi tutta lor propria[31].

488. Qui torna finalmente opportuno di favellare della *minima capitis deminutio* già più volte menzionata. Essa avea luogo nei seguenti casi[32]: per l'*homo*

(24) *Fr* 7. D. *unde cognati* (38. 8), § 6. J. *de capit. demin.* (1. 16). Facevasi però un'eccezione pei matrimonii contratti fra di loro, *fr.* 14. § 2. 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2), § 10. J. *de nupt.* (1. 10).

(25) *Nov.* VALENTIN. III. tit. XXIV. *de libertis* c. 1. § 2. 6. 7; SAVIGNY *System* II. §. 65. nota c, non ha notato questo passo.

(26) § 10. J. *de gradib. cognat.* (3. 6).

(27) PLINIUS *paneg.* 37. 39. Vedi § 312. nota 96.

(28) *Fr.* 4. § 3. *fr.* 10. pr. D. *de gradib.* (38. 10).

(29) CATO *de re rust.* 143 (144). *Scito dominum pro tota familia rem divinam facere.*

(30) Sugli uni e gli altri vedi § 137.

(31) V. §. 138. nota 45.

(32) GAJUS I. 162. IV. 38; ULPIAN. XI. 13; PAUL. *sent. rec.* III. 6. § 29. § 3. J. *de capit. demin.* (1. 16).

sui iuris, se per arrogazione veniva nella podestà di un capo di casa, o la donna indipendente nella mano di un marito; per l'*homo alieni iuris*, cioè pel figlio di casa, se si assoggettava per adozione alla podestà di un altro come capo di famiglia; pei figli dell'arrogato, i quali seguivano il padre[33], per la figlia di famiglia, se passava nella mano di un marito; e finalmente pel figlio di famiglia, se dalla podestà patria o dalla mano egli passava nel mancipio, sia per rimanersi in tal condizione, sia per esserne manomesso. Ma questa manumissione isolata non involgeva diminuzione di capo[34]. I giureconsulti romani chiamavano in genere *minima capitis deminutio* il cambiamento di famiglia[35], od in altri termini dello stato di un uomo[36], senza pregiudizio della libertà e del cittadinatico. Ma qual fosse in ciò l'idea giuridica fondamentale, è assai controverso. Alcuni ripongono questa *capitis deminutio* in una mutazione di famiglia in proprio senso e così di agnazione[37]. Altri la credono una mutazione che intervenisse nel

(33) Lo dice il *fr.* 3. pr. D. *de capit. minut.* (3. 5).

(34) Contrario sembra Gajus I. 162. Ma la proposizione *qui mancipio dantur quique ex mancipio manumittuntur* è da intendersi copulativamente non disgiuntivamente, ed è una evidente perifrasi dell'emancipazione. Così pensa anche Savigny *System.* II. 496.

(35) Tale è la definizione datane da Paolo nel *fr.* 3. pr. *fr.* 7. pr. *fr.* 11. D. *de capit. minut.* (4. 5).

(36) Ulpian XI. 13, § 3. J. *de capit. demin.* (1. 16). Gajus I. 162.

(37) Di quest'opinione è anche Puchta *Institutionen.* II. § 220. Per spiegare però come l'agnazione potesse essere una condizione della capacità giuridica oltre la libertà e il cittadinatico, egli si riporta all'età antica, in cui la famiglia aveva congiuntamente alla gentilità una significazione sostanzialmente politica.

sui od *alieni iuris esse* di una persona[38]. Altri infine opinano che lo stato (*status*) fosse il posto che l'uomo occupa in qualunque delle varie specie di relazioni di famiglia, ed ogni mutazione di questo stato in pregiudizio della capacità giuridica una *minima capitis deminutio*[39].

489. Seguendo la prima opinione, ma tenendo per altra parte in maggior conto l'idea di generazione che è la base dell'agnazione, se ne ricava, che la *minima capitis deminutio* aveva in tutti i casi per risultato di disgiungere il diminuto dalla propria famiglia come se mai ne avesse fatto parte[40], e di farlo entrare in un'altra famiglia come membro nato della medesima, od assoggettarlo come schiavo ad un padrone, o renderlo per lo scioglimento del vincolo di famiglia padrone di se medesimo. Con ciò se ne spiegano pure gli effetti. Essi consistevano nell'annullare non solamente i diritti, che a mo' dell'agnazione[41] e della successione intestata[42] appartengono naturalmente alla famiglia, ma eziandio altri rapporti

(38) Tale è pure l'opinione di BÖCKING *Institutionen* I. § 58, il quale però fa un'aggiunta tutta particolare che riesce ad un'astrazione affatto ignota a' Romani.

(39) Questo è il parere di SAVIGNY, *System* II. § 68 e *Beilage* VI. Ma con esso, come giustamente ha pur notato PUCHTA II. § 220. nota *tt.*, mal s'accorda la *capitis deminutio* che i figli di un arrogato o la figlia di famiglia col passaggio in mano subivano. Nè parimenti s'accorda l'idea data da Paolo della *capitis deminutio*. Onde Savigny è costretto a tacciar d'erroneo il concetto di questo giureconsulto.

(40) A quest'idea di distacco e di svincolamento dalla propria famiglia accenna pure la formola d'arrogazione e la mancipazione artificiale intervegnente nell'adozione ed emancipazione.

(41) GAJUS I. 158. 163, § 3. J. *de legit. agnat. tutel.* (1. 15).

(42) ULPIAN. XXVII. 5, *fr.* 1. D. *unde legitimi* (38. 7), GAJUS III. 51.

di ragion civile, come il patronato, la tutela, l'usufrutto, i crediti e debiti[43]. Questo fatto non si può spiegare altrimenti che supponendo nella *minima capitis deminutio*, intesa giuridicamente, una trasformazione per così dire della personalità generata[44]. Un tal concetto non si accomodava molto alle conseguenze che sen traevano; ondechè coll'andar del tempo subì sostanziali modificazioni. La diminuzione del capo non pregiudicò più i diritti successorii sanciti in appresso da leggi e senatoconsulti[45]; ell'era d'impedimento alla tutela, che si deferiva per le dodici tavole[46], ma non a quella che si deferiva per legge ulteriore[47]; rimase inoltre senza influenza sui diritti naturali di cognazione[48], ed anco le azioni per obbligazioni che avevano un fondamento naturale furono mantenute[49]. I diritti dei terzi vennero egualmente da una diminuzione di capo assicurati. Le

(43) Questo punto è ben trattato da Savigny *System* II. § 69-74.

(44) Mi fu grato di trovar quest'idea già espressa nella prima edizione convalidata poi da Savigny *System* II. 70. Quest' autore dice: « *Dabei lag, wie es scheint, der Gedanke, zum Grunde, dass jede Art der* capitis deminutio *den, der sie erleidet, gleichsam zu einem neuen Menschen mache* ». Un'altra spiegazione che si tenta di dare per mezzo dell'*imaginaria servilis causa*, e che è desunta dal *fr.* 3. § 1. D. *de cap. minut.* (4. 5) conviene bensì all'adozione ed all'emancipazione, ma non all'arrogazione ed alla mano.

45) *Fr.* 11. D. *de suis* (38. 10), *fr.* 1. § 8. D. *ad SC. Tertull.* (38. 11), § 2. J. *de SC. Orfit.* (3. 4).

(46) Ulpian. xi. 9; Gajus i. 168. 169. 170, *fr.* 3. § 9. *fr.* 5. § 5. D. *de legit. tutor.* (26. 4).

(47) *Fr.* 7. pr. D. *de cap. minut.* (4. 5), § 4. J. *quib. mod. tutela* (1. 22).

(48) Gajus i. 158. iii. 27; Ulpian. xxviii. 9, § 3. J. *de legit. agnat tut.* (1. 15).

(49) *Fr.* 8. 9. D. *de cap. minut.* (4 5), *fr.* 58. § 2, *fr.* 65. § 11. D. *pro socio* (17. 2).

azioni per delitti si resero esercibili in ogni tempo [50]; quelle per contratti dettero vita ad un' obbligazione naturale [51], e l'editto pretoriano concesse financo una restituzione alle azioni perente [52]. Certi crediti però si estinguevano ancora colla *minima capitis deminutio* del creditore [53]; e tal era nello stesso diritto Giustinianeo la pretesa del patrono ai servigi nella manumissione giurati [54]. Nell'usufrutto e nell' uso serbossi egualmente in vigore il diritto antico [55], non tolto poi che da Giustiniano [56]. Del rimanente, e salvo il caso di abbandono in mancipio, i diritti politici non subivano colla *capitis deminutio* alcuna alterazione [57]. Naturalmente, giusta la costituzione antica, la mutazion di capo traeva seco una riscrizione nei registri censuali; ma questa era una pura formalità esterna, in cui vano sarebbe il cercar spiegazioni della *minima capitis deminutio*.

(50) *Fr.* 2. § 3. *fr.* 7. § 1. D. *de cap. minut.* (4. 5).
(51) *Fr.* 2. § 2. D. *de cap. minut.* (4. 5).
(52) GAJUS III. 84. IV. 38, *fr.* 2. § 1. D. *de cap. minut.* (4.5).
(53) GAJUS III. 83. 114. Vedi in proposito SAVIGNY, *System* II. 81.
(54) § 1. J. *de adquisit. per arrog.* (3. 10).
(55) GAJUS III. 83, PAUL. *sent. rec.* III. 6. § 29, *fr.* 1. pr. *quib. mod. usufr.* (7. 4), *fragm. Vatic.* § 61.
(56) C. 16. § 2. C. *de usufr.* (3. 33), § 1. J. *de adquis. per arrogat.* (3. 10).
(57) *Fr.* 5. § 2. *fr.* 6. D. *de cap. minut.* (4. 5).

CAPITOLO VII.

IL MATRIMONIO.

490. Il diritto romano riconosceva nel matrimonio, a guisa d'ogni altro popolo, un'unione fondata nell' umana natura [1]; ma il suo lato giuridico, la sua validità in faccia allo Stato Romano erano in massima parte subordinati a principii positivi. Quindi vero matrimonio [2] era quel solo che aveva soddisfatto a tutte le esigenze del diritto civile, e la capacità di contrarlo dicevasi Connubio [3]. Di regola, questa capacità non era propria che de' Romani, ondechè i matrimonii di questi co' latini o peregrini, pei quali non avessero di proposito ottenuto il connubio, erano matrimonii semplicemente naturali [4]. Latini e peregrini potevano al certo, secondo il giure lor proprio, stringere legittimi matrimonii [5]; ma il diritto civile romano li teneva pur sempre per naturali. Tali eziandio si reputavano i matrimonii dei manomessi fatti latini o peregrini[6]. Ma l'unione contratta contro un divieto positivo si teneva

(1) *Fr.* 1. § 3. D. *de iustit. et iure* (1. 1).
(2) Essa dicevasi per distinguerla da un matrimonio semplicemente naturale *iustum* o *legitimum matrimonium*, ULPIAN. v. 2, *iustæ nuptiæ*, GAJUS I. 55. Parlando di matrimonio legittimo non si diceva che *iustus pater* e *iusti liberi*, LIV. XXXVIII. 36; GAJUS I. 77. III. 72; *fragm. Vatic.* § 168. 194.
(3) ULPIAN. V. 3.
(4) ID. V. 4; GAJUS I. 57.
(5) Vedi § 295. nota 46.
(6) Vedi § 465.

per cosa illecita, neppur valevole come matrimonio naturale [7].

491. Il diritto matrimoniale aveva per base la monogamia, e la moglie teneva in casa un grado confacente. I giureconsulti chiamavano perciò il matrimonio un'unione fra l'uomo e la donna avente per obbietto una comunanza di vita [8], e così anche dei sacri [9]. Il diritto non ne definiva i particolari, perchè dove regna l'affetto e la concordia coniugale, sono inutili le disposizioni di legge, e dove mancano, l'autorità non vale, ed altro non rimane che accomodarsi o dividersi. A questi effetti, in cui predomina la moralità e che han luogo in ogni matrimonio, si aggiungeva, quando la moglie era venuta nella mano del marito, una serie di rapporti giuridici particolari [10]. Ma senza mano la moglie restava legata alla propria famiglia e nella podestà del padre. Perciò questi, a rigor di diritto, poteva a talento ridomandare la figlia al marito con un interdetto [11]. Dal che si può già arguire, che ne' primi tempi la mano era annessa alla massima parte de' maritaggi. Ma più tardi si concedettero contro il padre non avente una giusta causa eccezioni e rimostranze [12], e tutt' in con-

(7) Gajus I. 64; Ulpian. V. 7.

(8) *Fr.* 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *c.* 4. C. *de crim. expil. hæred.* (9. 32); § 1. J. *de patr. potest.* (1. 9).

(9) M. Seneca *controv.* III. 21. Non era necesssrio, parlando di tal comunione, di accennare anche ai sacri; poichè era dessa una partecipazione a tutte le feste generali e particolari della casa e suoi penati.

(10) Vedi § 477.

(11) In ciò si fondano i seguenti passi: Ennius *ap. Auct. ad Herenn.* II. 24; Afranius *ap.* Non. Marc. IV. 425; Plaut. *Stichus* I. 2. *v.* 73. 74. 75; Apulejus *Apol.* p. 559. ed. Oudend.

(12) *Fr.* 1. § 5. D. *de liber. exhib.* (43. 30), *c.* 5. C. *de repud.* (5. 17), Paul. *sent. rec.* V. 6. § 15.

trario si diè al marito un' azione contro il padre che ingiustamente ritenesse la figlia [13].

492. Ad effettuare il matrimonio, per natural principio non altro si richiedeva che l'intenzione delle due parti, e non frapponendosi impedimento, il matrimonio si reputava conchiuso tosto che si fossero data scambievole promessa di riguardarsi all'avvenire come coniugi [14]. Varie solennità si usavano in tale occorrenza, le quali erano una formale dichiarazione del marito [15] in un convegno di amici della casa [16], un solenne atto copulativo [17], l'introduzione pur solenne di sera nella casa del marito [18], la celebrazione quivi di varii riti [19], e finalmente l'accompagnamento nella stanza cubiculare [20]. Ma tutte queste formalità si poco importavano all'esistenza giuridica del matrimonio [21], che quand'anche mancasse ogni forma ed ogni prova, la semplice convivenza con un inge-

(13) *Fr.* 2. D. *de liber. exhib.* (43. 30), *c.* 11. C. *de nupt.* (5. 4).

(14) *Fr.* 11. D. *de sponsal.* (23. 1), *fr.* 30. D. *de reg. iur.* (50. 17).

(15) Cioè la formola: *se liberorum quærendorum causa uxorem ducere.* Di ciò si parlerà ancora nel cap. VIII.

(16) Quinci l'appello alla *fides amicorum*, c. 22. C. *de nupt.* (5. 4).

(17) *Jugum impositum*, SERVIUS *ad Æn.* IV. 16; ISIDOR. IX. 8, *dexteræ iunctæ*, M. SENECA *controv.* III. 21; TREBELL. POLL. *Gallien.* 11.

(18) *Domum deductio*, FESTUS *v. Rapi*, SERVIUS *ad eclog.* VIII. 29, *fr.* 66. § 1. D. *de donat. int. vir.* (24. 1).

(19) VARRO *de ling. lat.* V. 61; FESTUS *v. Aqua, Facem*, PLUTARCH. *quæst. rom.* 29. 30. 31; SERVIUS *ad Æn.* IV. 458; PLINIUS *hist. nat.* XXVIII. 37 (9); VARRO *ap.* NON. MARC. XII. 50.

(20) FESTUS *v. Genialis, Pronubæ.*

(21) *Fr.* 66. pr. D. *de donat. int. vir.* (24. 1), *fr.* 15. D. *de condit.* (35. 1), c. 22. C. *de nupt.* (5. 4). Il *fr.* 5. D. *de ritu nupt.* (23. 2) in apparenza contradditorio si spiega colle circostanze particolari dell'ipotesi trattata.

nuo bastava nel dubbio a costituire un matrimonio [22]. Giustiniano il primo mutò in parte questo diritto prescrivendo per le persone di alto rango un contratto in iscritto, ed alcun tempo dopo per quelle di ceto medio la registrazione in chiesa ossia una convalidazione giurata dell'atto [23]. Se al matrimonio si aggiungeva la mano, dovevano usarsi le forme corrispondenti [24].

493. Gli sponsali avanti matrimonio erano d'uso; ma il padre stesso prometteva la figlia, non questa sè. Nei primi tempi si praticava a tale effetto la forma ordinaria della sponsione [25], donde nasceva una rigorosa azion civile a danni ed interessi [26]. Questo diritto, comune a tutti i popoli Latini [27], fu in Roma più tardi abolito [28], e gli sponsali non produssero più che effetti giuridici secondarii [29]. Chi però avea sì poca coscienza da contrarre, duranti i primi, nuovi sponsali, incorreva l'infamia [30].

494. Le condizioni generalmente richieste alla validità del matrimonio erano la capacità fisica, che

(22) *Fr.* 24. D. *de ritu nupt.* (32. 2), *fr.* 3. D. *de concub.* (25. 7).
(23) *Nov.* 74. c. 4. 5, *nov.* 117. c. 4.
(24) Vedi §§ 478. 480.
(25) SERVIUS *ad Æn.* X. 79; ISID. IX. 8, *fr.* 2. D. *de sponsal.* (23. 1).
(26) Questo dice VARRO *de ling. lat.* V. 70. 71. Ben altrimenti lo interpreta HUSCHKE nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch.* X. 327-339.
(27) GELLIUS IV. 4. Vedi sopra questo passo HUSCHKE nella *Zeitschrift* X. 315-326.
(28) Ciò è attestato da Varrone e Gellio.
(29) *Fr.* 134. pr. D. *de verb. obblig.* (45. 1), c. 2. C. *de inutil. stipul.* (8. 39), c. 1. 3. 5. C. *de sponsal.* (5. 1).
(30) *Fr.* 1. *fr.* 13. § 1-4. D. *de his qui notant.* (3. 2).
(31) ULPIAN. V. 2, *fr.* 9. D. *de sponsal.* (23. 1); pr. J. *de nupt.* (1. 10). Vedi in proposito SAVIGNY *System.* III. § 110.

nelle femmine incominciava a dodici anni, nei maschi a quattordici [31]; lo stato libero [32], mancando il quale s'incorreva l'infamia con altre pene [33]; e finalmente il consenso di colui, alla cui podestà si andava soggetto [34], la qual condizione fu poi dalla legge Giulia mitigata [35]. Le femmine, benchè non in podestà, dovevano in generale inchinarsi alla volontà dei loro congiunti e tutori [36]. Era vietato il maritaggio tra prossimi parenti [37] ed affini [38], tra liberi e schiavi [39], e da principio anche fra ingenui e manomessi [40]; il qual divieto venne dalla legge Giulia ristretto ai senatori e loro discendenti [41], e finalmente tolto da

(32) Gajus i. 63.

(33) *Fr.* 1. D. *de his qui notant.* (3. 2), *c.* 2. C. *de incest. nupt.* (5. 5), *c.* 18. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9).

(34) Ulpian. v. 2, *fr.* 7. § 1. D. *de sponsal.* (23. 1), *fr.* 2. 18. 25. 35. D. *de ritu nupt.* (23. 2), pr. J. *de nupt.* (1. 10).

(35) *Fr.* 19. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(36) Liv. iv. 9, *c.* 1. 18. 20. C. *de nupt.* (5. 4).

(37) Gajus i. 58-62; Ulpian. v. 6, *Collat. leg. Mosaic.* vi. 4, *c.* 17. C. *de nupt.* (5. 4), § 1-5. J. *de nupt.* (1. 10). Negli antichi tempi i costumi stessi ripugnavano ai matrimonii fra sobrini, Tacit. *ann.* xii. 6. Ma più tardi furono permessi non solo fra sobrini, ma fra consobrini, Plutarch. *quæst. rom.* 6; Cic. *pro Cluent.* 5; Capitol. *M. Anton.* 1, *fr.* 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2); questi ultimi però, almeno nell'occidente, vennero sotto gl'imperatori cristiani vietati; Aurel. Victor *epit.* 76, *c. un.* C. Th. *si nupt. ex rescr.* (3. 10), *c.* 3. C. Th. *de inc. nupt.* (3. 12). Non così nell'oriente, *c.* 19. C. *de nupt.* (5. 4), § 4. J. *de nupt.* (1. 10).

(38) Gajus i. 63; Ulpian. v. 6, *fr.* 14. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *Collat. leg. Mos.* vi. 4, *c.* 17. C. *de nupt.* (5. 4), § 6-9. J. *de nupt.* (1. 10). I matrimonii fra cognati non furono vietati che tardi, *c.* 2. 4. C. Th. *de incest. nupt.* (3. 12), *c.* 5. 8. 9. C. *de incest. nupt.* (5. 5).

(39) Ulpian. v 5. Vedi anche § 451.

(40) Vedi § 100.

(41) Vedi § 332. Il matrimonio però in origine non era nullo, sibbene mancante di parecchi vantaggi annessi ai matrimoni ordinarii, Ulpian. xvi. 2. Un senatoconsulto sotto

Giustiniano [42]. Secondo la stessa legge Giulia venne inoltre fatto divieto, tolto poi anche da Giustiniano [43], tanto a senatori, che ad ingenui di maritarsi con strioni [44], e ad ingenui di maritarsi altresì con una mezzana, ovvero a donna colta in flagrante adulterio o condannata in giudizio penale [45]. Il divieto venne in seguito esteso per interpretazione a'senatori [46], e la suddetta classe di persone compresa nel generico nome di donne infami [47]. Ma Giustiniano tolse

Marco Aurelio ne dichiarò pel primo la nullità, *fr.* 16. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 16. D. *de sponsal.* (23. 1), *fr.* 3. § 1. D. *de donat. int. vir.* (24. 1). Questo trasse a domandare, che ne dovesse essere, quando un senatore od un figlio di senatore avesse preso in moglie una libertina, e perdesse quello la dignità senatoria. Nel primo caso il matrimonio era valido, nel secondo restava nullo, *fr.* 27. 34. § 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 9. D. *de senator.* (1. 9).

(42) Giustiniano fece dapprima un' eccezione per chi avesse in moglie una libertina dopo fatto senatore, *c.* 28. C. *de nupt.* (5. 4). In seguito permise (A. 539) ad ognuno di sposare la propria manomessa, *nov.* 78. c. 3; e finalmente tolse (A. 541) ogni restrizione, *nov.* 117. c. 6.

(43) C. 23. 29. C. *de nupt.* (5. 4), c. 33. C. *de episc. audient.* (1. 4).

(44) ULPIAN. XIII. 1. 2, *fr.* 44. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2). Dopo Marco Aurelio la nullità fu anche estesa per interpretazione a simili matrimonii, però a quelli soltanto dei senatori, *fr.* 42. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2), c. 1. C. *de natur. liber.* (5. 27).

(45) ULPIAN. XIII. 2, *fr.* 43. § 7. 8. 9. 11. 12. 13. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(46) *Fr.* 43. § 10. *fr.* 44. § 8, *fr.* 49. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(47) ULPIAN. XVI. 2. Dopo Marco Aurelio la nullità del matrimonio fu anche estesa a questi casi, però all'unione soltanto dei senatori con persone che esercitassero un mestiere basso, *c.* 1. C *de natur. liber.* (5. 27), *nov.* MARTIANI tit. IV. *de matrim. senator. c.* 7. C. *de incest. nupt.* (5. 5), non al matrimonio con persona infame d'altro genere, e neppure ai matrimonii degli ingenui con donne di quella categoria. Sopra tutti questi particolari vedi la bella dissertazione di SAVIGNY *System* II. *Beilage* VII. n. II-V.

ugualmente una tal restrizione [48]. Da ultimo era pur vietato il matrimonio della patrona col suo manomesso [49], di una donna libera con un colono forestiero [50], del tutore colla sua pupilla [51], degli impiegati provinciali con donzella della lor provincia [52], dell'adultero coll'adultera [53], del rapitore colla rapita [54], di cristiani con giudei [55], e di romani con gentili o barbari [56]. Ma dalle proibizioni matrimoniali si poteva ottener dispensa, a' tempi della repubblica, dal senato [57], e in appresso dall'imperatore [58].

495. Per ciò che riguarda il divorzio, il diritto dei tempi primitivi è incerto [59]. Leggesi che i matrimonii consacrati colla confarreazione non si scioglievano che colla morte [60]. Ma questo principio vuolsi intendere come un avviso espresso dalla legge religiosa; poichè l'assoluta impossibilità di divorziare ripugna allo spirito dell'antichità pagana. Ciò vien confermato

(48) *Nov.* 117. c. 6.
(49) *Nov.* ANTHEM. tit. I. *de mulieribus.*
(50) *Nov.* 22. c. 17.
(51) *Fr.* 59. 60. 62. 64. 66. 67. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 7. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), c. 1-8. C. *de interd. matrim.* (5. 6).
(52) *Fr.* 38. 57. pr. *fr.* 63. 65. D. *de ritu nupt.* (23. 2); *fr.* 3. § 1. D. *de donat. int. vir.* (24. 1), c. 6. C. *de nupt.* (5. 4), c. *un.* C. *si quacunque* (5. 7).
(53) *Fr.* 11. § 11. *fr.* 29. § 1. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), c. 9. C. *ad l. Jul.* (9. 9), *nov.* 134. c. 12.
(54) *C.* 1. 2. 3. C. Th. *de raptu* (9. 24), c. *un.* § 1. C. *de raptu* (9. 13).
(55) *C.* 6. C. Th. *de iudæis* (16. 8), c. 6. C. *de iudæis* (1. 9).
(56) *C. un.* C. Th. *de nupt. gentil.* (3. 14).
(57) LIV. XXXIX. 19; PLUTARCH. *M. Anton.* 31.
(58) *Fr.* 31. D. *de ritu nupt.* (23. 2), c. 1. C. Th. *si nupt. ex rescr.* (3. 10), c. 23. C. *de nupt.* (5. 4), c. 9. C. *de incest. nupt.* (5. 5), c. 2. C. *si nupt. ex resc.* (5. 8).
(59) Ne tratta KLENZE nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft* VII. 2.
(60) DIONYS II. 25.

da un'altra notizia, secondo cui il divorzio era vietato alla moglie, ma non al marito, il quale poteva per certi trascorsi, ond'egli stesso co'parenti era giudice, ripudiare la moglie, e ripudiandola senza motivo era punito nell'avere [61]. Cotesto ripudio si operava colla diffarreazione, cui erano annessi mesti riti ed imprecazioni [62]. La massima religiosa intorno al divorzio si applicava anche più tardi al matrimonio del Flamine di Dite, stato mai sempre confarreato, finchè Domiziano ne concesse il libero divorzio [63]. Ma ne' matrimonii non confarreati il divorzio stava in facoltà delle due parti e senza limitazione di casi [64], salvo che la leggerezza e la sconsideratezza erano punite dai censori [65], e il manifesto capriccio dal biasimo generale [66].

(61) PLUTARCH. *Romul.* 22. Una più grave pena incorreva soltanto l' ἀποδόμενον γυναῖκα, cioè chi faceva da mezzano alla propria moglie.

(62) PLUTARCH. *quæst. Rom.* 50; FESTUS *v. diffarreatio*, ORELLI *inscr.* T. I. n. 2648. Così si spiega con tutta naturalezza l'esistenza di quest'uso. KLENZE, seguito da Böcking, ammette, che per tal delitto la moglie fosse sempre condannata a morte dal tribunale domestico, ma che la diffarreazione seguisse prima dell'esecuzione. Quest'opinione però è molto sforzata ed arbitraria.

(63) GELLIUS X. 15; FESTUS *v. flammeo*, PLUTARCH. *quæst. Rom.* 50; SERVIUS *ad Æn.* IV. 29.

(64) Che di ciò qualche cosa ci fosse nelle dodici tavole, nol sappiamo che da un passo molto incerto, CIC. *Philipp.* II. 28. Ma la cosa si fa chiara colla pratica dell'età posteriore.

(65) Già ne occorre un esempio intorno l'anno 447, VALER. MAX. II. 9, 2. Che questo divorzio sia più antico di quello a prima fronte antichissimo di Spurio Calvisio Ruga è cosa rimasta inosservata fino ai giorni nostri, tuttochè Pighio ne' suoi annali già l'avesse notato.

(66) Così avvenne nel divorzio di Calvisio Ruga nel secolo sesto, che acquistò perciò la falsa celebrità di essere stato il primo divorzio matrimoniale, VALER. MAX. II. 1, 4; DIONYS. II. 25; GELLIUS IV. 3. XVII. 21; PLUTARCH. *quæst. Rom.*

496. Ma col peggiorar dei costumi questi deboli ritegni svanirono. Leggerissimi motivi ed anche il semplice talento bastavano a ripudiar la moglie[67], o a divorziar dal marito[68]. L'unico inciampo era la privazione inflitta al colpevole di certi lucri legali[69]; e solo da questo punto di vista si proponeva la questione, se una tal privazione si applicasse al divorzio portato dall'arbitrio di una parte, ovvero provocato dall'altra[71], o da circostanze non imputabili ad alcuna delle due[70]. Anche la forma del divorzio, tuttochè vi si adoperassero certe forme[72], non era giuridicamente determinata[73]; e la legge Giulia fu prima a prescriverne una sull'adulterio[74]. Più tardi si trova fatta menzione dell'invio di una lettera per notificare all'altra parte il ripudio[75]. Benchè associato alla mano, il matrimonio non influiva sulla libertà di divorziare; poichè la moglie, che avesse signifi-

14. 59. In ciò non occorreva che l'uso letterale di una formola il cui significato e scopo erano tutt'altri.

(67) Plutarch. *Æmil. Paul.* 5. *Cicero* 41; Valer. Max. vi. 3, 10. 11. 12.

(68) Plautus *Amphitr.* iii. 2. *v.* 47; Cic. *ad famil.* viii. 7; *pro Cluent.* 5; Seneca *de benef.* iii. 16.

(69) Se ne parlerà *infra*.

(70) Cic. *Topic.* 4, *fragm. Vatic.* § 121, *fr.* 22. § 7. D. *soluto matrim.* (24. 3), *fr.* 4. D. *de divort.* (24. 2), *fr.* 8. D. *de captiv.* (49. 15).

(71) Questo chiamavasi *divortium bona gratia*, *fr.* 32. § 10. *fr.* 60. § 1. *fr.* 61. 62. pr. D. *de donat. int. vir.* (24. 1), *fr.* 6. D. *de divort.* (24. 2), *fr.* 14. § 4. D. *qui et a quib.* (40. 9).

(72) Plaut. *Amphitr.* iii. 2. *v.* 47; Cic. *Philipp.* ii. 28, *fr.* 2. § 1. D. *de divort.* (24. 2).

(73) Cic. *de orat.* i. 40. 56.

(74) *Fr. un.* § 1. D. *unde vir.* 38. (11), *fr.* 9. D. *de divort.* (24. 2), *fr.* 43. D. *ad. l. Jul. de adult.* (48. 5), Juvenal. *satyr.* vi. 146. Vi allude anche Sueton. *Octav.* 34.

(75) C. 6. 8. pr. C. *de repud.* (5. 17), *nov.* Theodos. *tit.* xii. *de repudiis.*

cato il ripudio al marito, poteva agire a nullità della mano [76]. Essa però difficilmente si annullava per emancipazione diretta, sibbene per remancipazione ad un parente od amico della moglie con successiva manumissione [77], ovvero con lo stringere una coemzione con altr'uomo [78]. La facilità del ripudio era di tanto maggiore, che si poteva sempre ripigliare in moglie la ripudiata [79].

497. Ma dappoi Costantino gl'imperatori cercarono di frenare alquanto la licenza dominante. Eglino fissarono i trascorsi che soli giustificavano il divorzio dell'altro coniuge, e decretarono pene pecuniarie contro chi divorziava senza legittima causa, oltre a castighi personali contro la moglie [80]. Ma di fianco a queste prescrizioni rimase ancora permesso lo scioglimento del matrimonio per circostanze non imputabili [81], non che per semplice scambievole consenso [82]. Del

(76) Gajus I. 137.

(77) Gajus I. 115. 195; Festus *v. remancipatam.*

(78) Così appunto si operò la cessione della moglie di Catone ad Ortensio, Plutarch. *Cato min.* 25. 52; Appian. *de bell. civ.* II. 99, di Livia ad Augusto, Dio Cass. XLVIII. 44. In ciò non si poteva adoperare la remancipazione; altrimenti la donna sarebbe caduta non in mano, ma in mancipio.

(79) Plutarch. *Cato min.* 52, *fr.* 18. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(80) Leggi di Costantino, c. 1. C. Th. *de repud.* (3. 16), Onorio e Costanzio, c. 2. C. Th. *de repud.* (3. 16), Teodosio II., *nov.* Theodos. *tit.* XII. *de repudiis*, c. 8. C. *de repud.* (5. 17), Valentiniano III., *nov.* Valentin. *tit.* XXXIV. *de episc. iudicio* c. 1. § 11, Giustiniano, c. 10. 11. § 1. 2. C. *de repud.* (5. 17), *nov.* 22, c. 4. 15, *nov.* 117, c. 8. 9. 13, *nov.* 127, c. 4, *nov.* 134. c. 10. 11.

(81) *Divortium bona gratia*, c. 7. 10. C. *de repud.* (5. 7); *nov.* 22. c. 4-14, *nov.* 117. c. 11. 12, *nov.* 123. c. 40.

(82) *Divortium communi consensu*, c. 9. C. *de repud.* (5. 17), *nov.* 22. c 4. 18. Giustiniano più tardi lo vietò, *nov.* 117. c. 10; *nov.* 134, c. 11. Ma il suo successore dovette ripristinare l'antica libertà, *nov.* 140.

resto in un sol caso il divorzio tornava realmente impossibile; cioè per la libertina ammogliata al suo patrono, la quale secondo la legge Giulia e Pappia, finchè questi la voleva tenere, non poteva divorziare [83]. Una tal massima si conservò fino a tarda età [84].

498. Nell'antico diritto il marito puniva, in forza della mano, i trascorsi della moglie contro la fede coniugale ed il costume domestico; i più leggieri da per se solo, ed i più gravi, pei quali aveva facoltà di ripudiarla, col consenso de' parenti di lei [85], compresi in essi, finchè si mantenne il diritto del bacio, i sobrini [86]. Cogliendola in adulterio, poteva ucciderla senza formalità [87]. Se non aveva la mano, ripudiatala, ne lasciava il castigo al padre od ai cognati [88]. I parenti potevano anche, dove la moglie avesse ucciso il marito, ricorrere ai tribunali dello Stato [89].

(83) *Fr. un.* § 1. D. *unde vir.* (38. 11), *fr.* 45. 46. 48. 50. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 10. 11. D. *de divort.* (24. 2).

(84) *C.* 1. C. *de incest. nupt.* (5. 5), *nov.* 22. *c.* 37.

(85) Lo attesta Dionys. II. 25; Tacit. *ann.* XIII. 32. L'unione col ripudio (nota 61) è da un canto conforme alla natura della cosa, e da un altro canto emerge dal passo molto controverso di Catone in Gellius x. 23. La difficoltà dell'essere qui il marito chiamato giudice della moglie, dopochè già ebbe luogo il divorzio, si scioglie leggendo colle più antiche edizioni *facit* in cambio di *fecit*. Restano ciò nullameno altre difficoltà.

(86) Ciò si arguisce da Polibio (cap. VI. nota 16).

(87) Gellius x. 23. All'incontro che Egnazio Mecenio uccidesse la moglie, perchè aveva bevuto vino, era manifestamente contro ad ogni giustizia, Valer. Max. VI. 3, 9; Plinius *hist. nat.* XIV. 14 (13), Servius *ad Æn.* I. 737.

(88) La distinzione se la moglie fosse in mano o non, è fatta da Liv. XXXIX. 18. Così si spiegano i casi in cui non si parla che di cognati, Plinius *hist. nat.* XIV. 14 (13), Tacit. *ann.* II. 50; Sueton. *Tiber.* 35.

(89) Valer. Max. VI. 3, 8; Liv. *epit.* XLVIII.

Il tribunale di famiglia era ancora in uso sotto i primi imperatori [90], ma insensibilmente cadde.

499. Le relazioni di fortuna fra coniugi erano le seguenti. Per antichissima usanza la moglie portava ordinariamente una dote. Quest' era pel padre un punto d'onore [91], e avvantaggiavà lo Stato [92], motivo per cui anticamente in caso di bisogno vi contribuivano i clienti. Più tardi, e probabilmente colla legge Giulia e Papia Poppea, la costituzione di una dote diventò pel padre [93], e subordinatamente anche per la madre obbligatoria [94]. I grandi e i doviziosi usavano altresì chiedere quanto ogni fanciulla recasse in dote [95]. Del resto, qualunque altro e la donna stessa [96] poteva costituirsi in dote l'intiero avere [97]. La costituzione si faceva in tre modi [98]: con una promessa [99], la quale non produceva obbligazione giuridica che rispetto a certe persone [100], con una stipulazione volgare [101], e colla trasmissione al marito per effettivo pagamento, traslazione, cessione od altra maniera

(90) Tacit. *ann.* II. 50. XIII. 32; Sueton. *Tiber.* 35.

(91) Cic. *pro Quint.* 31.

(92) *Fr.* 2. D. *de iure dot.* (23. 3), *fr.* 1. D. *soluto matrim.* (24. 3), *fr.* 18. D. *de reb. auct. iud.* (42. 5).

(93) *Fr.* 19. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(94) *C.* 14. C. *de iure dot.* (5. 12).

(95) Ne reca le prove Lipsio a Tacit. *ann.* II. 86.

(96) Quinci la distinzione di *dos profectitia* ed *adventitia*, Ulpian. VI. 3.

(97) *Fragm. Vatic.* § 115, *fr.* 72. pr. D. *de iure dot.* (23. 3), c. 4. C. *de iure dot.* (5. 12).

(98) Ulpian. VI. 1. XI. 20, c. 3. C. Th. *de dot.* (3. 13).

(99) *Dotis dictio*, Afranius *et* Varro *ap.* Non. Marc. IV. 122; Cic. *pro Flacco* 35.

(100) Ulpian. VI. 2. XI. 20; Gajus *epitom.* II. 9. § 3, *fragm. Vatic.* § 99. 100.

(101) *Dotis promissio*, Gajus *epit.* II. 9. § 3.

analoga dell'avere assegnato in dote [102]. Del resto ogni specie di promessa dotale venne più tardi proclamta obbligatoria [103]. Se la dote promessa consisteva in mobili di casa, il pagamento si effettuava per antico costume in dieci mesi, locchè ricorda l'anno romuleo, e se in danaro, in tre termini di uno, due e tre anni [104].

500. Il matrimonio con mano dava al marito la proprietà del corredo che la moglie portava dalla casa paterna [105]; ma il padre poteva stipularne la riversione pel caso in cui ella predecedesse al marito senza prole o il matrimonio si sciogliesse per divorzio [106]. Se la donna ammogliandosi già era *sui iuris*, e non ne aveva riservato una qualche parte [107], apportava in dote al marito tutta la sua fortuna [108]. Quanto ai debiti per essa apportati, benchè a rigor di diritto si estinguessero colla sopravvenuta *capitis deminutio*, i creditori però avevano un'azione pretoria fino alla concorrente dei beni apportati [109]. Gli acquisti della moglie

(102) GAJUS II. 63, *fr.* 6. § 1. *fr.* 7. § 3. D. *de iure dot.* (23. 3).

(103) *C.* 4. C. Th. *de dotib.* (3. 13), *c.* 6. C. *de dot. promiss.* (5. 11).

(104) POLYB. XXXII. 13.

(105) SERVIUS *ad Georg.* I. 31.

(106) Che ciò si potesse fare anche riguardo al matrimonio in mano, lo indica la natura stessa della cosa. E che in realtà si facesse, ne sono prova le regole di diritto esistenti sulla restituzione della dote, le quali accusano un'antichissima origine. Nè a ciò contraddice GELLIUS IV. 3. Imperocchè egli dice semplicemente, che fino al sesto secolo non v'ebbe sulla restituzione della dote alcuna forma di procedimento e che non erano necessarie cauzioni.

(107) Questa facoltà si deduce da CIC. *pro Flacco* 35; GELLIUS XVII. 6; NON. MARC. I. 267.

(108) CIC. *Topic.* 4, *pro Flacco* 35; BOETH. *ad Topic.* 4, *fragm. Vatic.* § 115; GAJUS II. 98. III. 82.

(109) GAJUS III. 83. 84. IV. 38.

durante il matrimonio appartenevano anche in forza della mano al marito [110], ed ella come figlia di famiglia nulla poteva aver di suo [111]. Ma le sue obbligazioni erano rette da altri principii, che quelle dei figli di famiglia; essa poteva in caso di bisogno essere convenuta pei contratti fatti durante il matrimonio sui beni apportati [112], e quanto a' suoi delitti non aveva luogo contro il marito azion nossale [113]. Se la moglie premoriva al marito, non era quistione di successione. Ma premorendo il marito, aveva una legittima e le altre ragioni ereditarie di figlia [114]. Anche nello stato di vedovanza, ella perdurava coi figli in tal condizione, e si succedevano tra loro come cognati [115]. Del resto, colla mano passavano anche al marito i sacri privati che ne dipendevano [116]; del che la moglie, facendo per sottil trovato de' legisti una finta coemzione con un uomo vecchio, si valeva per sciogliersi intieramente da tali sacri [117].

501. Il matrimonio senza mano faceva passar la dote, esso durante, in proprietà del marito siccome cosa destinata a sostener i pesi del coniugio [118],

(110) Gajus II. 86. 90. III. 163; Ulpian. XIX. 18. 19.
(111) Gajus II. 96.
(112) Gajus IV. 80.
(113) Ciò si arguisce chiaramente da Gajus IV. 80. Ma come si procedesse in ordine alle obbligazioni per delitti, non si può più leggere.
(114) Dionys. II. 25; Servius *ad Æn.* VII. 424; Gajus II. 139. 159. III. 3, *Collat. leg. Mos.* XVI. 2. 6; Ulpian. XXII. 14. XXIII. 3. XXIX. 1.
(115) Gajus III. 14; *Collat. leg. Mos.* XVI. 2. 6.
(116) Vedi § 137. nota 34.
(117) Cic. *pro Murena* 12. Vedi in proposito Savigny nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* II. 387.
(118) *Fr.* 7. § 3. *fr.* 9. § 1. D. *de iure dot.* (23. 3), *fr.* 13. § 2. D. *de fundo dot.* (23. 5), *fr.* 58. D. *soluto matrim.* (24. 3).

e questi ne poteva disporre a talento. La legge Giulia sull'adulterio restrinse per la prima volta una tal facoltà, vietando al marito di alienare gli stabili dotali situati in territorio italico [119]; il qual divieto fu anche esteso da Giustiniano agli stabili situati nelle provincie [120]. Se si pon mente alla restituzione guarentita alla moglie, potevasi anche dire, che la dote era solamente imprestata al marito, e che il vero proprietario era la moglie [121]. Ma quanto agli altri beni non costituiti in dote, e che i Greci chiamavano Paraferni, i Galli peculio, il marito di regola non aveva diritti; tuttochè spesso accadesse che la moglie portasse in casa per comun vantaggio i proprii effetti, o spontaneamente desse al marito l'amministrazione delle sue sostanze, assicurandosene la restituzione con una nota particolareggiata e da lui sottoscritta [122].

502. Fra le relazioni d'interesse tra coniugi si contavano puranco le seguenti. Per uso introdottosi nel diritto posteriore, oltre alla dote il marito od un terzo designava qualche cosa da servir con quella ai figli. Ciò si chiamava *donatio ante nuptias*, e dappoi Giustiniano *propter nuptias* [123]. Oltre a ciò, per

(119) Gajus II. 62. 63; Paul. *sent. rec.* II. 21 B. § 2, *fr.* 1. pr. *fr.* 4. 16. D. *de fundo dot.* (23. 5).
(120) C. *un.* § 15. C. *de rei uxor. act.* (5. 13), pr. J. *quib. alienare* (2. 8).
(121) *Fr.* 4. § 4. D. *de minor.* (4. 4), *fr.* 75. D. *de iure dot.* (23. 3), *c.* 30. C. *de iure dot.* (5. 12).
(122) *Fr.* 9. § 3. D. *de iure dot.* (23. 3), *fr.* 95. pr. D. *ad l. Falcid.* (35. 2), *fr.* 18. § 1. D. *ut legator.* (36. 3), *c.* 8. 11. C. *de pact. conv.* (5. 14), *c.* 17. C. *de donat. int. vir.* (5. 16).
(123) § 3. J. *de donat.* (2. 7), *c.* 19. 20. C. *de nupt.* (5. 3), *c.* 29. C. *de iure dot.* (5. 12), *c.* 9. 10. C. *de pact. conv.* (5. 14), *nov.* 22. *c.* 20. 32. 33, *nov.* 61. *c.* 1, *nov.* 97. *c.* 1. 2, *nov.* 98. *c.* 1, *nov.* 127. *c.* 3.

antica massima le donazioni tra coniugi durante il matrimonio erano nulle, o tutt' almeno secondo la modificazione recatavi da un senatoconsulto dell' anno 206, rivocabili sino alla morte del donante[125], e gli storni fattisi tra loro non davano luogo all' azione infamante di furto, ma a semplici dinunzie (*condictiones*) in restituzione[126] (*a*).

505. Alla morte della moglie si guardava innanzi tutto, quanto alla dote, il contratto nuziale[127]. In suo difetto, la dote costituita dal padre ritornava a questi, se ancor vivente, sotto deduzione però d'un quinto per ogni figlio[128]. La dote all'incontro data dalla moglie o da un terzo, il quale non ne avesse stipulato la riversione, restava nel diritto antico al marito[129]; ma nel giustinianeo gli eredi della moglie potevano rivendicarla[130]. Se il matrimonio si scioglieva vivente la moglie, la rivendicazione spettava a questa[131]. Le azioni con cui se ne prosseguiva la resti-

(124) PLUTARCH. *coniug. præcept.* (ed. Reisk. T. VI. p. 540), *quæst. Rom.* 7, *fr.* 1. 3. pr. D. *de donat. int. vir.* (24. 1), ULPIAN. VII. 1; PAUL. *sent. rec.* II. 23.

(125) *Fr.* 32. pr. § 1-4. 14. D. *de donat. int. vir.* (24. 1). Quest'argomento è distesamente trattato da SAVIGNY *System* IV. § 162. 163. 164.

(126) *Fr.* 1. 2. 3. § 2 *fr.* 25. 26. D. *de act. rer. amot.* (25. 5), *c.* 2. C. *rer. amot.* (5. 21).

(127) *Fr.* 12. pr. *fr.* 24. D. *de pact. dotal.* (23. 4), *fr.* 48. D. *solut. matrim.* (24. 3).

(128) ULPIAN. VI. 4, *fragm. Vatic.* § 108.

(129) VALER. MAX. VII. 7, 4; ULPIAN. VI. 5, *fr.* 22. pr. *fr.* 29. § 1. D. *solut. matrim.* (24. 3), *fragm. Vatic.* § 100.

(130) *C. un.* § 4. 6. 13. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).

(131) POLYB. XVIII. 18. XXXII. 8; GELLIUS IV. 3; ULPIAN. VI. 6. 7, *fr.* 2. D. *solut. matrim.* (24. 3), *c. un.* § 13. 14. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).

(*a*) Il vocabolo *condictio* sarà sempre da noi tradotto *dinunzia*.

tuzione erano, se stipulata, l'azione a stipulazione[132], più tardi, se pattuita semplicemente, l'azione altresì per patto[133], e negli altri casi l'azione dotale ordinaria[134]. Ma Giustiniano fuse queste azioni in un sol sistema[135], e per soprammercato diè alla moglie nella prossecuzione de' suoi diritti una specie d'azione petitoria ed una ipotecaria[136]. La restituzione del danaro o dei generi avuti in dote si faceva per antica usanza,[137] mutata poi da Giustiniano[138], in tre termini d'un anno a guisa del pagamento. Del rimanente il marito poteva far parecchie deduzioni[139]; la qual facoltà vennegli anche tolta da Giustiniano[140].

504. Il divorzio provocato da una delle parti traeva seco l'applicazione di massime a parte. Se la moglie aveva senza motivo disdetto il matrimonio, le si riteneva sulla dote un sesto per ogni figlio, non però mai oltre i tre sesti[141]. Se aveva provocato il ripudio con un grave trascorso era punita nell'antico diritto sino alla perdita della dote intiera[142]. Più

(132) *Fr.* 29. § 1. D. *de pact. dot.* (23. 4), *fr.* 45. D. *soluto matrim.* (24. 3).
(133) *Actio præscriptis verbis*, c. 1. C. *de pact. conv.* (5. 14), c. 6. C. *de iure dot.* (5. 12), c. *un.* § 13. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).
(134) *Actio rei uxoriæ*, Cic. *Topic.* 17, *de offic.* III. 15; Ulpian. VI. 6; *Collat. leg. Mos.* X. 2.
(135) C. *un.* C. *de rei uxor. act.* (5. 13), § 29. J. *de act.* (4. 6).
(136) C. 30. C. *de iure dot.* (5. 12), c. *un.* § 1. 15. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).
(137) Ulpian. VI. 8. 13.
(138) C. *un.* § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).
(139) Ulpian. VI. 9-17, c. 2. C. Th. *de dotib.* (3. 13).
(140) C. *un.* § 5. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).
(141) Cic *Topic.* 4; Ulpian. VI. 10; Paulus *ap.* Boethii. *ad Topic.* 4; *fragm. Vatic.* § 105. 106. 107. 120 121.
(142) Valer. Max. VIII. 2, 3; Plin. *hist. nat.* XIV. 14. 13 (13).

tardi gliene si toglieva per adulterio un sesto, e per altri mancamenti un ottavo[143]. Il marito, se adultero, doveva in pena restituir di botto, non in tre termini, gli effetti dotali, e se reo di fatti men gravi, dopo un termine di sei mesi, oltre l'obbligo di rappresentare, in proporzione, quanto agli effetti di altra natura, i frutti che ne aveva percetto[144]. All'antica ragion d'interesse d'un dodicesimo del capitale per anno, la sua pena pareggiava del tutto quella della moglie[145]. A queste ragioni d'interesse alludeva un giudizio (*iudicium*) di mal costume[146]. Ma di divorzio arbitrario il marito non si legge punito. La stipulazione di pene maggiori delle anzidette non era permessa; e ciò per non produrre indirettamente una violenza matrimoniale[147]. Nel diritto posteriore, tanto colui che aveva con un mancamento provocato il divorzio, come chi aveva divorziato senza legittima causa, era punito nella dote, nella *donatio propter nuptias* od altrimenti nell'avere[148]. Oltre a ciò si potevano tuttora applicare le ritenute (*retentiones*) del diritto antico[149], le quali furono poi abolite

(143) ULPIAN. VI. 12.

(144) ID. VI. 13.

(145) All'acutezza di Niebuhr andiamo debitori della scoperta di questo particolare in Ulpiano VI. 13; Schrader però ne ha corretto in parte l'interpretazione (HUGO *Civil. Magazin.* Vol. V. n. VII).

(146) *Judicium de moribus, fr.* 5. pr. D. *de pact. dot.* (23. 4), *fr.* 15. § 1. *fr.* 39. 47. D. *soluto matrim.* (24. 3), *c.* 1. C. Th. *de dotib.* (3. 13), *c.* 11. § 2. C. *de repud.* (5. 17).

(147) *Fr.* 19. 134. pr. *de verb. obl.* (45. 1), *c.* 2. C. *de inutil. stipul.* (8. 39).

(148) Vedi la nota 80 *supra*.

(149) *C.* 2. C. Th. *de dotib.* (3. 13), *c.* 2. § 2. C. *de repud.* (3. 16), *nov.* THEODOS. *tit.* XIV. *de paternis bonis c.* 1. § 4.

da Giustiniano [150] unitamente al giudicio di mal costume [151].

505. Morto il marito, la vedova per uso antichissimo non poteva contrarre un nuovo matrimonio prima dei dieci mesi di lutto [152]. La violazione di questo precetto produceva l'infamia pel padre della donna, per il marito, nonchè, secondo le circostanze, pel costui padre [153]; e più tardi, quando l'infamia si estese alle donne, anche per la moglie [154]. Codesta pena non era motivata dalla violazione del lutto, ma dal pensiero della promiscuità del sangue [155]; epperò aveva luogo ad onta che il defunto avesse demeritato gli onori del lutto [156], ed all'incontro non più quando la nascita di un figlio aveva tolto il pericolo della promiscuità [157]. Sotto gl'imperatori i dieci mesi furono portati a dodici [158], ed oltre all'infamia si decretarono contro la donna convolante a seconde nozze varie altre pene [159]. Ma le vedove che non si rima-

(150) *C. un.* § 5. C. *de rei uxor. act.* (5. 13).

(151) *C.* 11. § 2. C. *de repud.* (5. 17).

(152) Plutarch. *Numa* 12. Sull'obbligo del lutto vedi il § 147.

(153) *Fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2), *fragm. Vatic.* § 320.

(154) *Fragm. Vatic.* § 320, *fr.* 11. § 3. D. *de his qui not.* (3. 2), *c.* 15. C. *ex quib. caus. infam.* (2. 12).

(155) Questa giusta spiegazione è dovuta a Savigny *System* II. *Beilage* VII. n. VI-X.

(156) *Fr.* 11. § 1. 3. D. *de his qui not.* (3. 2).

(157) *Fr.* 11. § 2. D. *de his qui not.* (3. 2). Così si spiega il caso riferito da Cic. *pro Cluent.* 12.

(158) *C.* 2. C. *de secund. nupt.* (5. 9).

(159) *C.* 1. 2. C. *de secund. nupt.* (5. 9), *c.* 4. C. *ad SC. Tertyll.* (6. 56), *nov.* 22. *c.* 22. Non si sa comprendere il perchè nell'editto, secondochè dice il *fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2), non si menzioni come nei *fragm. Vatic.* § 320 l'infamia della donna. Savigny, *System* II. p. 537. 538, cerca di spiegar questo enimma dicendo che in seguito alle leggi Giustinianee l'infamia perdette un'altra volta la sua applicabilità

ritavano. erano grandemente pregiate dall' opinion pubblica [160], ed insignite nel diritto religioso di un distintivo [161]. La legge Giulia e Papia Poppea produsse certamente un effetto al tutto contrario; ma esso cessò con Costantino [162], e da quell' epoca le seconde nozze trassero seco nell' interesse dei figli di primo letto varii svantaggi di fortuna [163].

506. Oltre al matrimonio vi era nel concubinato un' altra unione sessuale legalmente autorizzata. Per fermo, se nella prima età la corruzione e la scostumatezza erano biasimate tanto nell'uomo che nella donna [164], non si credeva però riprovevole l'uom celibe che teneva per concubina fissa una persona, su cui non correvano tristi voci, ovvero la libertina [165] o schiava sua propria. Ei si aveva adunque un riguardo alle debolezze della natura umana e specialmente alla possibilità di un'affezione duratura verso persone, con cui per legge il matrimonio non era permesso. Questo spirito informò anche la legislazione di Ottaviano. La legge Giulia sull' adulterio minacciò di gravi pene lo stupro, quello almeno

alle donne. Ma questa ragione è combatutta perentoriamente dalla *nov.* 22. *c.* 22 da lui non avvertita, nella quale Giustiniano stabilisce formalmente in pena della moglie l'infamia.

(160) PLUTARCH. *Quæst. Rom.* 105, *Tiber. Gracch.* 1; TREBELL. POLLIO *trig. tyrann.* 32.

(161) FESTUS *v. Pronubæ*, *Pudicitiæ*, LIV. X. 23; DIONYS. VIII. 56; SERVIUS *ad Æn.* IV. 19; TERTULL. *de castit. exhort.* 13.

(162) Vedi per ulteriori ragguagli il diritto successorio.

(163) *C.* 3-9. C. *de sec. nupt.* (5. 9), *c. un.* C. *sec. nupt.* (5. 10), *c.* 18. C. *de donat. ante nupt.* (5. 3), *c.* 2. C. Th. *de sec. nupt.* (3. 8), *nov.* MAIORIANI *tit.* VI. *de sanctimonialibus c.* 1. § 8, *nov.* JUST. 2. pr. *c.* 1-4, *nov.* 22. *c.* 20-23. 25. 26. 27. 32. 45. 46, *nov.* 68, *nov.* 98. *c.* 1, *nov.* 127. *c.* 3.

(164) I particolari si daranno nel Diritto penale.

(165) PLAUTUS *Epidic.* III. 4. *v.* 29. 30.

(166) PLAUTUS *Pœnul. prol. v.* 102.

commesso sopra donne onorate, senza distinzione pel rimanente d'ingenue e di libertine [167]. Ma la legge Giulia e Papia Poppea dichiarò il concubinato lecito, e non applicabili per ciò a questo le pene dello stupro [168]. Per saper però se vi fosse concubinato, ovvero un fatto di stupro punibile, l'uomo che pigliava a concubina una donna onorata di libera stirpe, la qual cosa non era frequente, doveva farne una dichiarazione formale [169]. Non così riguardo alle donne di bassa estrazione, poichè anche nel caso più grave non s'incorreva pena [170]. A fianco della moglie naturalmente non si poteva tener concubina [171]. Il concubinato si distingueva dal matrimonio per l'imperfetta comunion di vita e gli effetti giuridici che ne nascevano [172]; senzachè le donne onorate ne scapitavano [173]. Il concubinato del patrono colla sua libertina era governato da principii particolari. Esso tenevasi per lui eguale a un matrimonio [174], non disonorava la donna [175], la quale infatti rendendosi infedele, commetteva adulterio [176], e secondo Ulpiano la

(167) Vedi il Diritto penale.

(168) *Fr.* 3. § 1. D. *de concub.* (25. 7).

(169) *Fr.* 3. pr. D. *de concub.* (25. 7), *fr.* 24. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(170) Questo è il senso del *fr.* 1. § 1. D. *de concub.* (25. 7).

(171) PAUL. *sent. rec.* II. 20, *fr.* 144. D. *de verb. sign.* (50. 16), *c. un.* C. *de concub.* (5. 26), c. 3. C. *de manum.* (7. 15).

(172) PAUL. *sent. rec.* II. 20, *fr.* 3. § 1. D. *de donat. int. vir.* (24. 1), *fr.* 49. § 4. D. *de legat.* III. (32), *fr.* 31. pr. D. *de donat.* (39. 5), c. 3. C. *de natur. liber.* (5. 27).

(173) *Fr.* 41. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2). *fr.* 13. pr. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5); *fr.* 144. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(174) *Fr.* 1. pr. D. *de concub.* (25. 7).

(175) *Fr.* 41. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 13. pr. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5).

(176) *Fr.* 13. pr. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5).

concubina del patrono, non più della moglie[177], poteva separarsi da lui suo malgrado [178]. Il concubinato si poteva pure contrarre colla propria schiava [179], e Giustiniano diede sul modo di affrancare e legittimare i figli nati da un tale congiungimento parecchie disposizioni [180]. Sotto queste forme il concubinato durò fino a tarda età, e il decreto di Aureliano che lo vietò con donne ingenue [181] non ebbe effetto. Ei non fu abolito che nel secolo nono [182].

—

CAPITOLO VIIII.

RELAZIONI TRA PADRI E FIGLI.

307. Una perfetta relazione tra genitori e figli suppone un matrimonio. L'esclusiva comunion di sangue in cui esso consiste, porge in primo luogo la certezza o tutt'almeno la presunzione, che tutti i figli generati nel matrimonio hanno a padre il marito [1]. Questo principio governava ogni matrimonio, anche naturale [2]. Fuori del matrimonio non si poteva provare che la discendenza materna. Quindi, giuridicamente, i figli illegittimi, come i nati da unione considerata matri-

(177) Vedi nota 93 *supra*.
(178) *Fr.* 1. pr. D. *de concub.* (25. 7).
(179) *Fr.* 6. 8. D. *de pignor.* (20. 1), *fr.* 38. pr. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5), PAUL. *sent. rec.* II. 19. § 6.
(180) C. 3. C. *comm. de manum* (7. 15), *nov.* 78. c. 4.
(181) VOPISC. *Aurelian.* 49.
(182) *Nov.* LEON. 91.
(1) *Fr.* 5. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr* 6. D. *de his qui sui* (1. 6).
(2) Ne indica un'applicazione ULPIAN. VII. 4; GAJUS I. 68.

moniale, ma riprovata dal diritto positivo, non avevano padre[3]. Per contro l'uomo non poteva giuridicamente aver figli che da una moglie; ed a ciò mirava la formola da pronunciarsi tuttavolta che si voleva dichiarar propria moglie una donna[4].

508. Il secondo effetto del matrimonio pei figli consisteva nel comunicar loro lo stato civile del padre. Ciò però non supponeva un matrimonio puramente naturale, ma un matrimonio con connubio[5]; quindi, allorchè s'introdusse il connubio tra patrizi e plebei, lo stesso effetto s'estese a questi matrimonii[6]. Da ciò tuttavia non segue che nei precedenti matrimonii misti i figli seguissero sempre la condizione della madre; poichè questo appunto non aveva luogo quando la madre era patrizia, per non poter il figlio entrare in una gente che per via del padre. I figli adunque in ogni caso erano plebei. E coi matrimonii misti occorsi prima della legge Canuleja, in cui il padre era patrizio, si spiega l'esistenza di famiglie plebee con nomi gentilizi patriziali. De' matrimonii misti di cittadini romani con latini e peregrini e dei loro effetti sullo stato dei figli si è già discorso[7]. I matrimonii infine tra latini e peregrini, essendo meramente naturali, comunicavano ai figli lo stato della madre[8].

509. Il terzo effetto del matrimonio pei figli era

(3) Gajus I. 64; Ulpian. V. 7, *fr.* 23. D. *de statu homin.* (1. 5), §. 12. J. *de nupt.* (1. 10).

(4) *Se liberorum quærendorum causa uxorem ducere*, Gellius IV. 3. XVII. 21; Festus *v. Quæso*, Ulpian. III. 3; Gajus I. 29, *c.* 9. C. *de nupt.* (5. 4).

(5) Vedi § 436.

(6) Livius IV. 4.

(7) Vedi § 436. 465.

(8) Gajus I. 81.

di sottoporli alla podestà paterna. Ma ciò supponeva due cose. In primo luogo che ci fosse stato fra' genitori sin dall'istante della generazione un matrimonio, non naturale, ma con connubio [9]. Quindi, sebbene i genitori acquistassero il cittadinatico dopo la generazione, rendendo così il loro matrimonio di gius civile, la patria podestà non nasceva senza special concessione [10]. Questa massima non era applicabile ai veri latini vegnenti al cittadinatico [11], forse perchè i loro diritti di famiglia erano similissimi ai romani [12]; come anche quando si ridomandava da due coniugi con probazioni artificiali il cittadinatico [13], e con esso il connubio [14]. In secondo luogo il padre ed il figlio dovevano essere cittadini romani [15], perchè la podestà patria era un diritto proprio de' Romani. Ond'è che se una romana ammogliatasi ad un latino aveva ottenuto per concessione il connubio, il matrimonio era legittimo bensì, ma privo della patria podestà. Concorrendo le due condizioni oradette, la patria podestà si acquistava non solo sui proprii figli, ma sui discendenti da questi per generazione, siccome quelli che indirettamente potevano riguardarsi come da sè generati [16].

510. La relazione tra genitori e figli comprendeva per natural diritto i doveri di pietà [17], la podestà

(9) Gajus i. 55. 56. 57. 87. 88; Ulpian. v. 1. Vedi § 476.
(10) Plinius *epist.* x 6, *Paneg.* 37. 38; Gajus i. 93. 94. iii. 20.
(11) Gajus i. 95.
(12) Liv. xli. 8.
(13) Vedi § 466.
(14) Gajus i. 66-72. 87. iii. 5.
(15) Gaius i. 67. 87. 128; Ulpian. x. 3.
(16) § 3. J. *de patr. potest.* (1. 9).
(17) *Fr.* 1. 2. 5. 6. 7. 9. 10. D. *de obseq. parent.* (37. 15).

educativa[18], e l'obbligo recíproco degli alimenti[19]. Ma la podestà patria romana involgeva primieramente per antichissimo diritto la piena signoria sul figlio sino al sangue[20]. Per essa il padre poteva rivocare dal pubblico maestrato al suo tribunale i reati sì domestici che pubblici[21], e coll'intervento de' parenti ed amici[22], nonchè, in urgenza, da solo[23], pronunciar sul figlio coll' inesorabile severità insita al carattere romano là tremenda sentenza. In quest' orribile ufficio, il diritto confidando nella voce della natura non supponeva un abuso; ondechè il padre non aveva freno che nei costumi e nell'autorità censoria[24]. Solo pei neonati, sui quali si aveva per la prima volta da temer un abuso, già era vietato dal diritto primitivo di ucciderli fuor del caso di aborto e previa anche allora l'osservanza di certe formalità[25]. Ma più tardi il padre venne generalmente privato dell' autorità giudiziaria[26], e dopo Costantino l'uccisore del proprio figlio incorreva la pena del par-

(18) I tribunali non s'immischiavano che nei litigi, *fr.* 1. § 3. *fr.* 3. § 5. D. *de liber. exhib.* (43. 20), *c.* 1. C. *ubi pupill.* (5. 49).

(19) *Fr* 4. 5. 7. 8. D. *de agnosc. liber.* (25. 3), *c.* 1-4. C. *de alend. liber* (5. 25).

(20) Dionys II. 15. 26; Gellius V. 19, *Collat. leg. Mos.* IV. 8., *c.* 10. C. *de patr. potest.* (8. 47).

(21) Festus *v. Sororium*, Livius I. 26. II. 41. Dionys. VIII. 79., Plutarch. *Poblic.* 6; Zonaras VII. 12; Livii *epit.* 54; Dio Cass. XXXVII. 36.

(22) Valer. Max. V. 8, 2. 3. V. 9, 1, Seneca *de clem.* I. 15.

(23) Sallust. *Catil.* 39. Valer. Max. V. 8, 3.

(24) Dionys. *fragm.* XX. 1. ed. Mai.

(25) Dionys. II. 15, Cic. *de legib.* III. 8.

(26) *Fr.* 5. D. *si a parente* (37. 12), *fr.* 5. D. *de l. Pomp. de parric.* (48. 9), *fr.* 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *fr.* 9. § 3. D. *de off. procons.* (1. 16), *c.* 3. C. *de patr. potest.* (8. 47).

ricidio[27]. Tuttavia il padre e gli anziani della famiglia conservarono sui trascorsi di un membro più giovane della famiglia una rigida potestà disciplinare, che la legge riconosceva e proteggeva[28]; oltrecciò i figli in podestà non avevano mai contro il padre per mali trattamenti azione ad ingiuria[29]. Per reclamare un figlio contro terzi l'editto aveva interdetti particolari[30].

311. Un altro diritto della patria podestà stava nel vendere la prole; la qual vendita, fatta quanto alla figlia una sol volta, bastava ad affrancarla per sempre dal padre, e quanto al figlio, poteva ripetersi sino a tre volte[31]. Però se il padre aveva annuito al matrimonio del figlio, perdeva la facoltà di venderlo[32]. La vendita si poteva fare anche all'estero[33], nel qual caso il figlio diventava perfettamente schiavo. In egual condizione cadeva a vicenda il figlio d'uno straniero per esso venduto ad un romano[34]. Del rimanente un simile diritto aveva un freno nei costumi, e certo il più sovente non si esercitava che sopra figli mal conformati o per bisogno, quando cioè non si avevano più mezzi da alimentare le proprie creature[35]. Con

(27) *C. un.* C. Th. *de parric.* (9. 15), *c. un.* C. *de his qui parent.* (9. 27). Prima il padre era tacitamente eccettuato, *fr.* 1. D. *de l. Pompeia* (48. 5).

(28) *C. un.* C. *de emend. propinq.* (9. 15).

(29) *Fr.* 7. § 3. D. *de iniur.* (47. 10).

(30) *Interdictum de liberis exhibendis vel ducendis, fr.* 1. 3. D. *de liber. exhib.* (43. 30).

(31) Dionys. ii. 27; Ulpian. x. 1; Gaius i. 132. iv. 79. Il motivo di questa differenza non si può sapere. La spiegazione che tentò di darne Danz *Gesch. des röm. Rechts* § 111. difficilmente si può ammettere.

(32) Dionys. ii. 27; Plutarch. *Numa* 17.

(33) Cic. *pro Cæcina* 34, *de orat.* i. 40.

(34) Ciò risulta da Liv. xli. 8. 9.

(35) Paul. *sent. rec.* v. 1. § 1.

ciò indirettamente si andava contro all'esporre i figli. Ma poco a poco gl' imperatori tentarono di bandire la vendita[36], e Costantino non la permise più che in caso d'indigenza sui neonati, che il più delle volte si aveva a temere di veder esposti, e con riserva in ogni tempo del diritto di riscatto[37]. Ma il bisogno prevaleva spesso alle leggi, e più volte gl'imperatori dovettero provvedervi con decreti transitorii[38]. Giustiniano volse poi in regola assoluta il concetto di Costantino[39]. Lo esporre, contro cui non si erano mai rese disposizioni comminatorie, fu da Costantino punito col perpetuo divieto di reclamare il figlio[41]. Più tardi fu punito come crimine[42]. Ma anche nel nuovo diritto le vendite non cancellavano l'ingenuità[43].

512. Le relazioni di fortuna dei figli soggetti a podestà s'assomigliavano perfettamente a quelle degli schiavi, poichè il figlio di famiglia, come strumento del padre, tutto acquistava per lui[44], e nulla poteva aver di suo[45]. Con ciò si accordava pure l'antico costume di abitar tutti assieme, padre, figli, figlie e

(36) C. 1. C. *de liber. causa* (7. 16), c. 1. C. *de patrib.* (4. 43).
(37) C. *un.* C. Th. *de his qui sanguinol.* (5. 8), *fragm. Vatic.* § 34.
(38) C. *un.* C. Th. *de patrib.* (3. 3), *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXXII. *de parent. qui filios.*
(39) C. 2. C. *de patrib.* (4. 43). Questo passo è manifestamente un po' interpolato.
(40) PLIN. *epist.* X. 71. 72. Perciò dell'esporre non si parlava come di azione punibile, *fr.* 29. D. *de manum. testam.* (40. 4), *c.* 16. C. *de nupt.* (5. 4).
(41) C. 1. C. Th. *de expos.* (5. 7).
(42) C. 2. C. *de infant. expos.* (8. 52).
(43) PAUL. *sent. rec.* V. 1. § 1, *fragm. Vatic.* § 33, *c.* 2. C. *de ingen. manum.* (7. 14), *c.* 10. C. *de patr. pot.* (8. 47).
(44) DIONYS. VIII. 79, GAJUS II. 86. 87. III. 163; ULPIAN. XIX. 18, pr. J. *per quas person.* (2. 9).
(45) GAJUS II. 87. 96; ULPIAN. XX. 10.

nuore in uno spazio non di rado strettissimo e consumare ad una stessa tavola il comune acquisto [46]. Di regola quando un figlio di famiglia aver doveva una professione separata, il padre gli dava un peculio [47], perchè nell'antica età la magistratura e il servizio militare nulla fruttavano, e l'entratura a servizio d'un privato pareva ad uom libero indecorosa. Il peculio restava giuridicamente di proprietà del padre [48], ma in generale il figlio lo amministrava a suo talento [49], e non aveva divieto che di donarlo senza special licenza del padre [50], e disporne per testamento [51], giacchè tutto egli faceva come agente del padre, e i testamenti generalmente non si potevano fare per mandatario.

513. Ma sotto gl'imperatori, col mutar degli stati, s'introdussero varie modificazioni. La prima fu quanto al peculio acquistato in guerra, di cui col sistema allora adottato di un'armata stanziale occorrevano spessi esempi. Augusto ed altri imperatori avevano già concesso di lasciarlo per testamento [52], e manomettere lo schiavo che ne facesse parte [53]; ma final-

(46) Ciò risulta per parecchi esempi, VALER. MAX. IV. 4, 8; PLUTARCH. *Æmil. Paul.* 5, *Cato mai.* 24, *Crassus* 1.

(47) PLAUTUS *Mercat.* I. 1, *v.* 95.

(48) SUETON. *Tiber.* 15, pr. J. *quib. non permitt.* (2. 12).

(49) *Fr.* 46. 48. D. *de pecul.* (15. 1), *fr.* 34. pr. D. *de novat.* (46. 2).

(50) SUETON. *Tiber.* 15, *fr.* 28. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 1. § 1. D. *quæ res pign.* (21. 3), *fr.* 7. pr. § 2. 4. 5. D. *de donat.* (39. 5). Epperò neppur manomettere, SUETON. *Tiber.* 15, *fr.* 13. D. *de iure patron.* (37. 14).

(51) *Fr.* 6. pr. D. *qui testam.* (28. 1), *fr.* 25. § 1. D. *de mort. caus. donat.* (39. 6).

(52) Pr. J. *quib. non permitt.* (2. 12), ULPIAN. XX. 10.

(53) *Fr.* 13. 19. § 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17), *fr.* 8. pr. D. *de iure patron.* (37. 14), *fr.* 3. § 8. *fr.* 22. D. *de bon. libert.* (38. 2).

mente s'ammise in principio, che ne potessero disporre come padri di famiglia in vita e per morte[54], e il diritto del padre rinascesse nel solo caso in cui non ne avessero disposto in verun modo[55]. Questo principio venne man mano, specialmente dopo Costantino[56], esteso al peculio acquistato in cariche civili[57]. Ancora si fece un'eccezione pei beni redati dalla madre. Questi beni si devolvevano per antica regola al padre, nè la madre poteva impedirlo, salvo con far erede il figlio a condizione che il padre lo emancipasse[58]. Ma Costantino volle che appartenessero al figlio e il padre ne avesse l'amministrazione e il semplice usufrutto[59]. Questa regola venne in seguito estesa ad altri casi[60]; ond'è che a' tempi di Giustiniano la regola antica era bensì teoricamente in vigore, ma quasi inapplicabile per le molte sue eccezioni. Mosso da ciò, quest'imperatore sancì la regola del tutto contraria, che dei beni d'un figlio di famiglia non acquistati colla sostanza del padre avesse quest' ultimo il semplice usufrutto a vita[61], e in alcuni casi

(54) *Fr.* 1. § 3. *fr.* 2. D. *ad SC. Maced.* (14. 6), *fr.* 15. § 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17).

(55) Nel Diritto successorio se ne daranno i particolari.

(56) Però anche prima si parlava di *peculium quasi castrense*, *fr.* 1. § 6. *fr.* 16. § 12. *ad SC. Trebell.* (36. 1), *fr.* 1. § 15. D. *de collat.* (37. 6).

(57) § 6. J. *de milit. testam.* (2. 11), c. 37. C. *de inoff. testam.* (3. 28), c. 12. C. *qui testam.* (6. 22).

(58) Plinio *epist.* IV. 2. VIII. 18, *fr.* 16. § 2. D. *de curat. fur.* (27. 10).

(59) C. 1. 2. C. Th. *de bon. matern.* (8. 18).

(60) C. 6. 7. C. Th. *de bon. matern.* (8. 18), c. un. C. Th. *de bonis quæ filiisfam.* (8. 19), c. 1-5. C. *de bonis quæ liber.* (6. 61).

(61) C. 6. pr. § 1. c. 8. pr. C. *de bon. quæ liber.* (6. 61), § 1 J. *per quas person.* (2. 9).

neppur questo [62], rimanendone per conseguenza al figlio la proprietà, senza poterne però disporre per testamento [63]. Ma questo nuovo principio nulla mutò nel peculio conceduto dal padre od acquistato nel servizio militare e civile.

514. Le obbligazioni del figlio soggetto a podestà erano regolate nel seguente modo. Le ragioni per esso nascenti da contratti, delitti od altri rapporti giuridici colle rispettive azioni [64] non erano sue, ma del padre; tuttavia la giurisprudenza aveva introdotto molte eccezioni, e dato al figlio di famiglia la facoltà di piatire personalmente [65]. Quanto ai debiti, la cosa era affatto diversa; essi non riguardavano il padre [66], salvo nei casi e per gli stessi motivi che il padrone rimaneva tenuto dal fatto dello schiavo [67]. Nonpertanto il figlio, posto che fosse maggiore, rimaneva obbligato pei debiti contratti, non a modo dello schiavo, ma civilmente [68], siccome quello che aveva una perfetta personalità giuridica. Quindi poteva mallevare il padre stesso [69]; ben inteso però che le azioni stavano in sospeso, finchè

(62) *C.* 8. pr. § 1. C. *de bon. quæ liber.* (6. 61), *nov.* 117. c. 1, *nov.* 118. c. 2, *nov.* 134. c. 11.
(63) *C.* 11. C. *qui testam. fac.* (6. 22), c. 8. § 5. C. *de bon. quæ liber.* (6. 61), pr. J. *quib. non permitt.* (2. 12).
(64) *Fr.* 9. D. *de obl. et act.* (44. 7), *fr.* 13. § 2. D. *quod vi* (43. 24).
(65) Questi casi sono a lungo discussi da SAVIGNY *System* II. § 71-74. PUCHTA, *Institutionen* II. § 219, ne dà un estratto. Quanto alla storia del diritto la quistione non è di gran rilievo.
(66) *C.* 3. C. *ne filius pro patre* (4. 13).
(67) Pr. § 6. J. *quod cum eo* (4. 7). Vedi § 446. 447. 448.
(68) *Fr.* 141. § 2. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 39. D. *de obl. et act.* (44. 7). Anche in ciò non v'ha divario tra un *filius familias* ed una *filiafamilias*. Vedine la dimostrazione in SAVIGNY *System*, II. *Beilage* v.
(69) *Fr.* 10. § 2. D. *de fideiuss.* (46. 1).

fosse giunto ad aver beni proprii[70]. La sola restrizione posta a questa regola, per ragioni facili a comprendersi, era nei prestiti a danaro contante. Una legge dei tempi di Claudio vietò per la prima volta i prestiti, la cui scadenza fosse fissata alla morte del padre[71]; ed in appresso a' tempi di Vespasiano col senatoconsulto Macedoniano si negò in perpetuo a tutti generalmente i prestiti fatti a un figlio di famiglia il diritto d'azione[72]. Del resto, poteva accadere che il figlio entrasse col padre stesso in rapporti giuridici, per cui egli al padre, o il padre a lui si obbligasse. Ma eccettuati quelli che si riferivano al peculio acquistato nel militar servizio, simili rapporti non davano azione[73], e ingeneravano un'obbligazione puramente naturale[74]. Le stesse donazioni del padre al figlio erano prive d'effetto[75]; e solo più tardi, quando il padre fosse morto senza revocarle, vennero dagl'imperatori dichiarate valide come donazioni a cagion di morte[76].

515. Finalmente i delitti di un figlio in podestà erano soggetti alle regole seguenti. I delitti da lui commessi in casa non conferivano al padre verun'azione[77]. Quanto ai delitti contro terzi gli offesi potevano

(70) *Fr.* 2. pr. *fr.* 4. § 2. 3. *fr.* 5 pr. D. *quod cum eo* (14. 5).

(71) Tacit. *ann.* xi. 13.

(72) *Fr.* 1. pr. D. *de SC. Macedon.* (14. 6). Sueton. *Vespas.* 11, § 7. J. *quod cum eo* (4. 7).

(73) *Fr.* 4. D. *de iudic.* (5. 1). *fr.* 2. pr. D. *de contr. emt.* (18. 1), *fr.* 15. § 1. 2. 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17), § 4. 6. J. *de inutil. stipul.* (3. 19).

(74) *Fr.* 38. pr. § 1. 2. D. *de cond. indeb.* (12. 6).

(75) *Fr.* 1. § 1. D. *pro donato* (41. 6), c. 11. C. *de donat.* (8. 54), *fragm. Vatic.* § 294. 295. 296.

(76) *Fragm. Vatic.* § 274. 277. 278. 281; Paul. *sent. rec.* v. 11. § 3, c. 2. *Cod. Greg. de famil. herc.* (3. 4), c. 18. C. *famil. herc.* (3. 36), c. 25. C. *de donat. int. vir.* (5. 16).

(77) Gajus iv. 78, *fr.* 17. pr. D. *de furt.* (47. 2).

rivolgersi al padre, e se questi non voleva risarcirli, agire direttamente contro il figlio[78], cosa al certo non utile che dove avesse beni proprii[79], o fosse divenuto *sui iuris*[80], od in ultimo esigere per indennità dal padre la cessione del medesimo[81]. Questa cessione si faceva per mancipazione volgare[82]; ma se il debito veniva estinto, il pretore doveva forzare il cessionario alla manumissione[83]. Siffatta applicazione della dazion nossale (*Noxæ Datio*) cadde nell'era cristiana in disuso, e fu da Giustiniano abolita compiutamente[84].

516. Oltre la generazione in matrimonio connubiato, anche l'adozione ingenerava la podestà patria. Era essa di doppio genere, secondochè si riferiva a persona *sui iuris* od a persona ancor soggetta a podestà. Nel primo caso si faceva ad istanza dei Pontefici con decreto del popolo ne' comizi curiati, e dalla proposizione a ciò relativa si chiamava arrogazione[85]. A questa forma sottentrò più tardi un'istanza davanti l'imperatore ed un rescritto imperiale[86]. L'arrogazione in allora si potè fare (cosa non compatibile

(78) *Fr.* 33. 34. D. *de noxal. act.* (9. 4), *fr.* 57. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 39. D. *de obl. et act.* (44. 7).

(79) Ma anche sul peculio proveniente dal padre, tutto chè in massima non potesse scemarsi per delitti, i giureconsulti permisero di prosseguire l'obbligazione del figlio derivante dalla litiscontestazione o condanna, *fr.* 3. § 11. D. *de peculio* (15. 1), *fr.* 35. D. *de noxal. act.* (9. 4), *fr.* 57 D. *de iudic.* (5. 1).

(80) Gajus iv. 77.

(81) Gajus iv. 75-78; Liv. viii. 28.

(82) Gajus i. 141. iv. 79.

(83) *Collat. leg. Mos.* ii. 3.

(84) § 7. J. *de noxal. act.* (4. 8).

(85) Gellius v. 19; Gajus i. 98. 99; Ulpian. viii. 2. 3. Vedi § 22. 68.

(86) Vopisc. *Aurelian.* 14. 15, c. 2. 6. 8. C. *de adopt.* (8. 48), § 1. J. *de adopt.* (1. 11).

col primitivo istituto), anche fuori di Roma[87]. L'adozione per testamento alcuna volta praticata era una specie di arrogazione; poichè giuridicamente non poteva valer per tale senza un decreto dei comizi curiati[88].

517. Le altre condizioni erano le seguenti. L'arrogante doveva essere maschio, superiore di diciott'anni almeno all'arrogando[89], ed in età non più atta a generare[90], fissata questa nel sessagesimo anno[91]. Le donne non potevano nè arrogare nè adottare, perchè mancanti della patria podestà[92]; ma più tardi venne loro concesso a conforto della perdita di figli proprii di pigliar un figliuolo d'amore[93]. Le donne inoltre potevano essere arrogate nella forma dappoi invalsa[94], ma non in quella de' tempi primitivi[95]. Così pure non era lecito arrogar pupilli (il qual divieto però venne da Antonino Pio subordinato a certe condizioni[96]), e l'altrui libertino, in pregiudizio almeno dei diritti patronali[97]; ma quanto al libertino proprio, l'arrogazione gli conferiva non più che in famiglia i diritti

(87) Gajus I. 100; Ulpian. VIII. 4, *c.* 6. C. *de adopt.* (8. 48).

(88) Lo mostrano Appian. *de bell. civ.* II. 143. III. 14. 94, Dio Cass. XL. 51. XLV. 5. XLVI. 47.

(89) Gajus I. 106, *fr.* 40. § 1. D. *de adopt.* (1. 7), § 4. J. *de adopt.* (1. 11).

(90) Gellius V. 19, *Declam. pro domo* 13. 14.

(91) *Fr.* 15. § 2. D. *de adopt.* (1. 7).

(92) Gajus I. 104; Ulpian. VIII. 8*a*.

(93) *C.* 5. C. *de adopt.* (8. 48), § 10. J. *de adopt.* (1. 11).

(94) *Fr.* 21. D. *de adopt.* (1. 7), *c.* 8. C. *de adopt.* (8. 48).

(95) Gellius V. 19; Gajus I. 101; Ulpian. VIII. 5.

(96) Gellius V. 19; Gajus I. 102; Ulpian. VIII. 5, *fr.* 17. D. *de adopt.* (1. 7), § 3. J. *de adopt.* (1. 11).

(97) *Fr.* 15. § 3. C. *de adopt.* (1. 7), *fr.* 1. § 2. D. *si quis a parente* (37. 12), *fr.* 10. § 2. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 49. D. *de bon. libert.* (38. 2).

d'ingenuo[98]. Come si praticasse nell'adozione di uno schiavo, non è abbastanza noto[99].

518. L'arrogazione aveva per effetto di porre non solamente l'arrogato, ma i costui figli alla sua podestà soggetti nella podestà dell'arrogante[100], col quale mutavano pure famiglia ed agnazione, soggiacendo così ad una *minima capitis deminutio*[101]. I beni di lui passavano egualmente in proprietà dell'arrogante.[102] I suoi debiti spegnevansi a rigor di diritto colla *capitis deminutio*; e solo per modo di finzione si dava ai creditori un'azione per la concorrente de' suoi beni.[103] Ma giusta il disposto di Giustiniano l'arrogato conservava la proprietà de' suoi beni, e l'arrogante ne acquistava il semplice usufrutto; col che si accordò meglio la suddetta disposizione sui debiti.[104] Era officio dei Pontefici d'invigilare sui danni che dall'arrogazione, specialmente di un minore,[105] potevano, quanto ai beni, venire all'arrogato[106]; e giusta il disposto di Antonino Pio, non solamente doveva l'arrogante, pel caso che l'arrogato morisse minorenne od emancipato, mallevare la restituzione dei beni[107], ma venendo quest'ultimo dise-

(98) GELLIUS V. 19, *c.* 3. C. *de adopt.* (8. 48), *fr.* 27. D. *de statu homin.* (1. 5), *fr.* 32. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(99) GELLIUS V. 19, § 12. J. *de adopt.* (1. 11), THEOPHIL. I. 11. § 12.

(100) GAJUS I. 107; ULPIAN. VIII. 8, § 11. J. *de adopt.* (1. 11).

(101) PAUL. *sent. rec.* III. 6. § 29, *fr.* 2. § 2. *fr.* 3. pr. D. *de capit. minut.* (4. 5).

(102) GAJUS II. 98. III. 82. 83, *fr.* 15. pr. D. *de adopt.* (1. 7).

(103) GAJUS III. 84. IV. 38, *fr.* 2. § 1. D. *de capit. minut.* (4. 5).

(104) § 2, 3. J. *de acquis. per adrogat.* (3. 10).

(105) GELLIUS V. 19.

(106) *Fr.* 17. § 2. 4, D. *de adopt.* (1. 7).

(107) GAJUS I. 102, § 3. J. *de adopt.* (1. 11), *fr.* 18. 19. 20. 22. D. *de adopt.* (1. 7).

redato od emancipato senza motivo, gli era assicurato un quarto dei beni proprii dell'arrogante[108]. Nel diritto Giustinianeo queste disposizioni furono mantenute.

319. La forma di adozione d'un figlio ancora soggetto a podestà si componeva di due atti. Dovevasi primamente annullare la podestà anteriore, e quindi crear la nuova in mano dell'altro. Il primo effetto, quanto a un figlio avente padre, si otteneva con tre mancipazioni, due manumissioni ed una remancipazione al padre stesso o ad un terzo; e il secondo colla vindicazione come di figliuolo suo proprio che l'adottante operava dinanzi al pretore del figlio caduto così in mancipio[109]. Questa forma si usava tanto in Roma che nelle provincie, senza distinzione di maschi o femmine, di maggiori o minori[110], nè fu abolita che da Giustiniano il quale vi surrogò una dichiarazione protocollata dinanzi al maestrato[111]. La proporzione d'età tra il padre adottivo e l'adottato era la stessa che nell'arrogazione[112], e identici parimente sino a Giustiniano gli effetti, cioè il cambiamento di famiglia e di agnazione[113]. Ma quest'imperatore volle, che l'adozione nulla innovasse nella podestà e nelle altre attinenze del padre naturale, e che gli anteriori effetti

(108) *Fr.* 13. D. *si quid in fraud. patroni* (38. 5), *c.* 2. C. *de adopt.* (8. 48), § 3. J. *de adopt.* (1. 11), *fr.* 22. pr. § 1. D. *de adopt.* (1. 7).

(109) GELLIUS V. 19; GAJUS I. 134; SUETON. *Octav.* 64.

(110) GAJUS I. 98-102; ULPIAN. VIII. 4. 5.

(111) *C.* 11. C. *de adopt.* (8. 48).

(112) Vedi nota 89.

(113) *Fr.* 23. D. *de adopt.* (1. 7), *fr.* 1. § 4. D. *unde cognati* (38. 8), *fr.* 4. § 10. D. *de gradib.* (38. 10), *fr.* 2. § 3. D. *de suis* (37. 16), LIV. XLV. 40. 41. Questa *cognatio civilis* impediva eziandio la continuità di un matrimonio già fatto, *fr.* 17. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2), § 2. J. *de nupt.* (1. 10).

dell'adozione non si avverassero che quando l'adottante fosse avo o bisavo[114]. Nell'antico diritto quest' adozione si differenziava pure in ciò, che il suo effetto si restringeva all'adottato; i figli da costui generati, e quello stesso già concetto ma non ancora nato non ne seguivano la condizione, perchè indirettamente per generazione appartenevano all'avo[115].

520. Nel nuovo diritto venne ammesso un altro titolo d'acquisto della patria podestà, cioè la legittimazione a pro dei figli naturali generati in concubinato. Costoro infatti venivano innalzati ai diritti dei figli legittimi, se il padre pigliava in moglie la concubina[116], o faceva ascrivere il figlio ai curiali della città[117]. Giustiniano aggiunse ai due casi quello in cui si ottenesse un rescritto dall'imperatore, ed emanò sopra queste tre specie di legittimazione due lunghe leggi[118].

521. Ordinariamente la patria podestà durava a vita del podestatario. Lui morto, il figlio diventava *sui iuris*, ma i nipoti cadevano nella podestà di questo[119]. Inoltre la podestà cessava colla perdita pel padre o pel figlio del cittadinatico[120], o cadendo l'uno o l'altro prigioniero in guerra sotto riserva del diritto di pos-

(114) *C.* 10. C. *de adopt.* (8. 48), § 2. J. *de adopt.* (1. 11), § 8. J. *quib. mod. ius potest.* (1. 12), § 14. J. *de hered.* (3. 1).

(115) § 9. J. *quib. mod. ius potest.* (1. 12).

(116) *C.* 5. 6. 7. 10. 11. C. *de natur. liber.* (5. 27), *nov.* 12. c. 4, *nov.* 18. c. 11, *nov.* 19, *nov.* 78. c. 4.

(117) *C.* 3. 4. C. *de natur. liber.* (5. 27), § 13. J. *de nupt.* (1. 10).

(118) *Nov.* 74. 89.

(119) Gajus I. 127; Ulpian. X. 2, pr. J. *quib. mod.* (1. 12).

(120) Gajus I. 128. 131; Ulpian. X. 3, § 1. 2. 3. J. *quib. mod.* (1. 12).

liminio [121], od entrando il figlio nella podestà, nella mano o nel mancipio di un altro [122], e finalmente coll' emancipazione. L'emancipazione di un figlio si operava con tre mancipazioni ad un terzo e tre manumissioni di quest'ultimo per vindicazione (*vindicta*); ma ordinariamente prima della terza manumissione il figlio veniva in forza di una riserva fiduciaria remancipato al padre, il quale con ciò si rendeva autore egli stesso della manumissione e riteneva i diritti di patrono [123]. Ma nel diritto recenziore Anastasio permise anche l'emancipazione per rescritto imperiale, e finalmente Giustiniano abolì del tutto la vecchia forma, sostituendovi una dichiarazione al maestrato [124]. Con ciò si rese impossibile allo straniero di essere manumissore [125]. Il consenso del figlio era necessario, se legittimo [126], non se adottivo [127]. Il padre non poteva nel manomettere stipular servigi [128]. L'emancipazione traeva naturalmente con se una *capitis deminutio* [129] e la perdita dei diritti di famiglia [130];

(121) Gajus I. 129; Ulpian. x. 4, Paul. *sent. rec.* II. 25. § 1, § 5. J. *quib. mod.* (1. 12), *fr.* 14. 25. D. *de captiv.* (49. 15).

(122) Eccettuata solo, più tardi, la moglie del Flamine Diale, perchè quanto a questa la mano era ancor sempre di nuda apparenza, Gajus I. 136.

(123) Gajus I. 132. 135. 140, Gaii *epit.* I 6. § 3; Ulpian. x. 1. xxiii. 3; Paul. *sent. rec.* II. 25. § 2. 3. 4; Theophil. I. 12. § 6, *nov.* 81. *præf.*

(124) C. 5. 6. C. *de emancip.* (8. 49), § 6. J. *quib. mod.* (1. 12).

(125) § 8. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2).

(126) Paul. *sent. rec.* II. 25. § 5, c. 5. C. *de emanc.* (8. 49); *nov.* 89. c. 11. pr.

(127) *Fr.* 132. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1), c. 9. 10. pr. C. *de adopt.* (8. 48).

(128) *Fr.* 4. D. *si a parente* (37. 12), *fr.* 10. D. *de obseq.* (37 15).

(129) Gajus I. 162, *fr.* 3. § 1. D. *de cap. min.* (4. 5), § 3. J. *de capit. demin.* (1. 16).

(130) Gaius I. 163, *fr.* 4. § 10. D. *de grad.* (38. 10). Perciò

ma in appresso si poteva implorarne dall'imperatore la conservazione[131]. Simili effetti però si limitavano alla persona dell'emancipato, e i figli da questo generati sino all'egresso di podestà, benchè ancora non nati, rimanevano all'avo[132]. Essi non potevano venire in podestà del padre emancipato che per adozione[133]. Le ragioni di successione che l'emancipato perdeva non gli davano diritto a compenso; ma egli riteneva tacitamente, se non ripresi deliberatamente, il peculio ed altri donativi ricevuti dal padre[134]. Questi dal canto suo doveva restituire fino a un terzo, che rimaneva di sua proprietà[135], o più tardi fino alla metà, sulla quale riteneva l'usufrutto a vita[136], i beni proprii del figlio, e di cui aveva avuto l'usufrutto. In luogo della vendita e dell'emancipazione non vi era, come presso i Greci, la semplice abdicazione[137]. Il Flamine di Dite e le Vestali avevano un diritto antico lor proprio. Il culto rigoroso che dovevano prestare alla loro Divinità li riduceva quasi in condizion figliale; ondechè uscendo dalla podestà del padre, non incorrevano *capitis deminutio*[138]. Il simile stabilì

dove non vi era stata che una *civilis cognatio*, cessava ogni vincolo di parentela, *fr.* 13. 14. D. *de adopt.* (1. 7), *fr.* 3. D. *unde cognati* (38. 8), § 11. J. *de heredit.* (3. 1).

(131) C. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58).

(132) GAJUS I. 135. III. 2, pr. § 9. J. *quib. mod.* (1. 12).

(133) *Fr.* 1. § 2. D. *si a parente* (38. 12).

(134) *Fragm. Vatic.* § 255. 260. 261, *fr.* 31. § 2. D. *de donat.* (39. 5), c. 17. C. *de donat.* (8. 54), c. 6. C. *de emanc.* (8. 49).

(135) C. 1. § 2. c. 2. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18).

(136) C. 6. § 3. C. *de bon. quæ liber.* (6. 61), c. 6. C. *de emanc.* (8. 49), § 2. J. *per quas person.* (2. 9).

(137) DIONYS. II. 26., c. 6. C. *de patr. pot.* (8. 47), c. 3. C. *de emanc.* (8. 49).

(138) GAJUS I. 130. III. 114; ULPIAN. X. 5; GELLIUS I. 12;

Giustiniano in ordine a certe dignità superiori ecclesiastiche e laicali [139].

CAPITOLO IX.

LA TUTELA.

522. Le persone non soggette all'altrui diritto, ma bisognose per la tenera loro età di un appoggio nell' esercizio dei proprii diritti, avevano un tutore [1]. Nella scelta di questo l'antica legge teneva conto anzi tutto del testamento del padre di famiglia [2]; più tardi venne anche presa in considerazione altra nomina testamentaria, segnatamente quella della madre, e confermata più o meno dal maestrato [3]. In difetto di un tutore testamentario la tutela per un ingenuo toccava agli agnati per ordine di successione siccome interessati personalmente alla conservazione dei beni [4]. Ma nel diritto ulteriore venne pur data alla madre [5], ed in ultimo da Giustiniano a tutti i consanguinei maschi

TACIT, *ann.* IV. 16. BÖKING, *Institutionen* I. § 58, tenta di ciò una spiegazione.

(139) C. 5. C. *de consul.* (12. 3), § 4. J. *quib. mod.* (1.12), *nov.* 81.

(1) GAJUS I. 142. 143. 189; ULPIAN. XI. 1, *fr.* 1. D. *de tutel.* (26. 1), pr. § 1. 2. J. *de tutel.* (1, 13).

(2) GAJUS I. 144-49. 189. ULPIAN. XI. 14. 15, *fr.* 1. D. *de test. tutel.* (26. 2), § 3. 4. 5. J. *de tutel.* (1. 13).

(3) *Fr.* 1-7. D. *de confirm. tut.* (26. 3).

(4) GAJUS I. 155. 156. 164; ULPIAN. XI 2. 3. 4, *fr.* 1. pr § 1. D. *de legit. tutor.* (26. 4), pr. § 1. 2. J. *de legit. agnat. tut.* (1. 15).

(5) C. 4. C. Th. *de tutor.* (3. 17), *nov.* THEODOS. *tit.* XI. *de tutoribus*, c. 2. C. *quando mulier.* (5. 35), *nov.* 94.

senza rispetto di agnazione, nonchè tra le femmine alla madre ed all'ava una tutela legale[6]. Nell'antico diritto, agli agnati seguivano indubitabilmente i gentili[7]. La tutela dello schiavo manomesso apparteneva in conformità delle dodici tavole al patrono e suoi figli[8]. Se il manumissore aveva unicamente avuto lo schiavo *in bonis*, nel qual caso costui diventava latino Giuniano, la tutela era di chi teneva il *nudum ius Quiritium*[9]. Quanto alla manumissione dal mancipio, la tutela spettava egualmente al manumissore, e si chiamava fiduciaria[10]. Se il manumissore, come per lo più nell'emancipazione, era lo stesso padre, la sua tutela aveva gli stessi diritti della legale del patrono[11], ed i rapporti giuridici della tutela fiduciaria non cominciavano che da' suoi figli[12]. Per fine, mancando il tutore sì testamentario che legale o fiduciario, poteva darlo il maestrato, a cui si ricorreva; la qual facoltà non era propria d'ogni magistratura, ma supponeva un'espressa delegazione. In Roma questa facoltà apparteneva secondo la legge Atilia, già fuor di dubbio vigente nel secolo sesto, al pretore civico in concorso

(6) *Nov.* 118. c. 5.

(7) Vedi sopra costoro RUDORFF *Vormundschaft* I. § 29. DANZ però, *Rechtsgeschichte* § 118, è di opinione contraria.

(8) GAJUS I. 165; ULPIAN. XI. 3, *fr.* 1. pr. § 1. *fr.* 3. pr. § 1. D. *de legit. tutor.* (26. 4), *tit.* J. *de legit. patron. tutel.* (1. 17).

(9) GAJUS I. 167; ULPIAN. XI. 19.

(10) GAJUS I. 115. 166. 195; ULPIAN. XI. 5.

(11) GAJUS I. 172. 175, *fr.* 3. § 10. D. *de legit. tut.* (26. 4), § 6. J. *quib. mod.* (1. 12), *tit.* J. *de legit. parent. tut.* (1. 18), THEOPHIL. I. 23. pr. (ed. Reitz. p. LXIX).

(12) GAJUS I. 175. Così si spiega il *tit.* J. *de fiduc. tut.* (1. 19); THEOPHIL. I. 19; *fr.* 4. D. *de legit. tutor.* (26. 4).

(13) *Fr.* 6. § 2. D. *de tutel.* (26. 1).

coi tribuni[14]; e nelle provincie si conferì colle leggi Giulia e Tizia ai governatori[15]. Quale in addietro fosse in ciò la condizione delle provincie, non si sa bene[16]. Eranvi altresì casi subordinati, in cui per consuetudine di foro od in forza di senatoconsulti si poteva a vece od oltre un tutore darne un altro, segnatamente quando il tutore preesistente si rimuoveva come sospetto o mentecatto, muto o sordo[17]. Ma le predette leggi non avevano a gran pezza soddisfatto a tutte le esigenze, sendochè il tutore nè aveva debito di prestar cauzione, nè si poteva costringere a pigliar l'amministrazione. Gl' imperatori adunque tentarono un' altra via, e conferirono la nomina dei tutori, previa diligente inchiesta, ai consoli, e più tardi ad un pretore particolare[18]. Fermato il principio, esso venne poi esteso ai governatori, ai legati de' proconsoli[19], al giuridico di Alessandria[20], al pretore creato in Costantinopoli sulle tute-

(14) Vedi Dirksen, *das Atilische Gesetz* (*Vermischte Schriften* I. 1).

(15) Liv. xxxix. 9; Gajus I. 185. 186. 187; Ulpian. xi. 18. 19, pr. § 1. 2. J. *de Atil. tut.* (1. 20); Theophil. I. 20. pr. Nelle provincie quel diritto era già in vigore nel secolo settimo, Diodor. *fragm.* lib. xxxvi. (ed. Bipont. T. x. p. 180), Cic. *in Verr.* II. 1, 56.

(16) Dirksen saggia le varie opinioni; ma neppur la sua soddisfa.

(17) Gajus I. 182. 183. 184; Ulpian. xi. 23. 24, *fr.* 17. D. *de tutel.* (26. 1), *fr.* 11. § 1. 2. 3. D. *de testam. tut.* (26. 2), § 3. J. *de auctor. tut.* (1. 21).

(18) Sueton. *Claud.* 23; Capitol. *Marc.* 10, § 3. J. *de Atil. tut.* (1. 20), Theophil. I. 20. § 3; *c.* 1. C. *de off. præt.* (1. 39).

(19) *Fr.* 1. D. *de tutor.* (26. 5), *fr.* 15. D. *de off. procons.* (1. 16), § 4. J. *de Atil. tut.* (1. 20).

(20) *Fr.* 2. D. *de off. iurid.* (1. 20), § 5. J. *de Atil. tut.* (1. 20).

le[21], ed al prefetto della città[22]. I maestrati municipali[23], e più tardi i difensori[24] ebbero lo stesso diritto, ma limitato. La facoltà di proporre la nomina del tutore apparteneva ai congiunti, agli amici ed a chiunque s'interessava al pupillo; la madre però vi era astretta da pena pecuniaria, e i libertini da pena anche personale[25]; locchè più tardi venne pur decretato di altre persone[26].

523. Nel resto, varie erano le cause d'incapacità alla tutela[27]. Le donne, salva la madre e l'ava, come sopra si disse, non potevano essere tutori[28]; così anche i pupilli, e per decreto di Giustiniano i minori[29]. Ma la qualità di figlio di famiglia non faceva ostacolo[30]. Il latino Giuniano poteva essere tutore[31], salvochè per testamento[32], ma non lo schiavo[33]. Tuttavia la nomina con testamento di un tutore

(21) Joann. Lydus II. 30, c. 18. C. *de præd. minor.* (5. 71).
(22) *Fr.* 45. § 3. D. *de excus.* (27. 1), c. 3. 4. C. Th. *de tutor.* (3. 17), c. 3. C. *de tutor.* (5. 33), § 4. J. *de Atil. tut.* (1. 20).
(23) *Fr.* 3. 24. D. *de tutor.* (26. 5), § 4. J. *de Atil. tut.* (1. 20).
(24) *C.* 30. C. *de episc. aud.* (1. 4), § 5. J. *de Atil. tut.* (1. 20).
(25) *Fr.* 2. pr. § 1. 2. 3. D. *qui petant. tutor.* (26. 6), c. 2-6. 8-11. C. *qui petant. tutor.* (5. 31), *nov.* Theodos. *tit.* xi. *de tutoribus.*
(26) *Fr.* 2. § 28. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17), *c. un.* C. Th. *qui petant.* (3. 18), c. 10. C. *de legit. hæred.* (6. 58).
(27) Ne forniscono esempi i *fr.* 1. § 2. 3. *fr.* 17. D. *de tutel.* (26. 1), *fr.* 1. D. *de excus.* (27. 1).
(28) Gajus I. 195, *fr.* 16. pr. *fr.* 18. D. *de tutel.* (26. 1).
(29) Gajus I. 157, c. 5. C. *de legit. tutor.* (5. 30), § 13. J. *de excusat.* (1. 25), § 2. J. *qui dari tutor.* (1. 14), *fr.* 10. § 7. D. *de excusat.* (27. 1), *fr.* 32. § 2. D. *de test. tut.* (26. 2).
(30) *Fr.* 7. D. *de tutel.* (26. 1), *fr.* 21. D. *de admin.* (26. 7), pr. J. *qui dari tutor.* (1. 14).
(31) *Fragm. Vatic.* § 193.
(32) Gajus I. 23; Ulpian. XI. 16.
(33) *C.* 7. C. *qui dare tutor.* (5. 34).

schiavo s'interpretava dalla giurisprudenza per una manumissione[34], e quest'opinione fu con alcune modificazioni confermata da Giustiniano[35]. Inoltre varie circostanze scusavano, volendo, dalla tutela[36]; anzi pure la tutela dativa poteva senza più ricusarsi quando si aveva a proporre persona più idonea[37]. Ma chi si escusava dalla tutela testamentaria perdeva quello che in considerazione della medesima gli era nel testamento lasciato[38].

524. La carica di tutore inchiudeva due cose: l'autorità d'interporre e l'amministrazione dei beni[39]. La prima concerneva gli atti giuridici che nel formalismo dei Romani il pupillo doveva compiere in persona. Ivi si faceva parlare lui stesso, ma il tutore gli stava accanto, e colla sua parola ne confermava l'operato[40]. Ciò faceva supporre che il pupillo capisse almeno e pronunciasse le parole; ondechè trattandosi di fanciullo minore dei sette anni, conveniva

(34) *Fr.* 10. § 4. D. *de test. tut.* (26. 2), c. 9. C. *de fideicomm. libert.* (7. 4), Paul. *sent. rec.* iv. 13. § 3; Theophil. i. 14. § 1.

(35) § 1. J. *qui dari tutor.* (1. 14), c. 5. pr. C. *de necess. serv.* (6. 27). Il *fr.* 32. § 2. D. *de test. tut.* (26. 2) sembra interpolato.

(36) *Tit.* D. *de excus. tut.* (27. 1), *fragm. Vatic. tit. de excusatione, tit.* J. *de excus. tut.* (1. 25).

(37) Di questa *potioris nominatio* sparita nel Diritto Giustiniano trattano i *fragm. Vatic.* § 158-67. 206-19. 242. 246; Paul. *sent. rec.* ii. 28. 29.

(38) *Fr.* 27. 28. § 1. *fr.* 33. 35. 36. pr. D. *de excus.* (27. 1), *fr.* 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2), *fr.* 3. D. *de iure patron.* (37. 14). L'ultimo passo è stato da Zimmern i. § 217. nota 37 compiutamente franteso.

(39) Ulpian. xi. 25. 26.

(40) Gajus i. 184. A ciò si riferiscono i *tit.* D. *de auctor. et consensu tutor.* (26. 8), *tit.* J. *de auctor. tutor.* (1. 21).

far agire il tutore da solo e reagire poi sul pupillo [41], cosa non esente al certo in quell'antico formalismo da parecchie difficoltà [42]. In ordine all'amministrazione dei beni, era d'uopo fare anzitutto un inventario [43], sul quale, come anche sull'impiego del danaro, esistevano molte disposizioni di legge [44]. Il tutore aveva generalmente su quelli ampia balia [45], e nel diritto antico poteva, se gli pareva conveniente, alienarli. Sotto gl'imperatori però questa facoltà venne prima, quanto agli stabili, da un senatoconsulto dei tempi di Severo, poi, quanto alle altre cose, da una costituzione di Costantino ristretta ai casi d'urgenza, e subordinata al consenso del maestrato [46]. Ma ne' pagamenti da farsi al tutore Giustiniano fu primo a prescrivere l'intervento del maestrato [47]. Se un pupillo inferiore ai sette anni intraprendeva un negozio senza il tutore, si considerava il tutto come non avvenuto [48]. All'incontro il pupillo maggiore dei sette anni non solamente poteva obbligare gli altri a sè [49], ma restava obbligato verso altri naturalmente [50], ed anche civil-

(41) *Fr.* 1. § 2. *fr.* 2. pr. D. *de admin.* (26. 7), *fr.* 7. D. *quando ex facto* (26. 9), § 9. 10. J. *de inutil. stipul.* (3. 19), *c.* 18. § 2. 4. C. *de iure delib.* (6. 30).

(42) Vedi in proposito Rudorff, *Vormundschaft* II. § 128-131. 145-148.

(43) *Fr.* 7. pr. *fr.* 57. D. *de admin.* (26. 7).

(44) *Fr.* 5. pr. *fr.* 7. 15. D. *de admin.* (26. 7), *c.* 4. C. Th. *de admin.* (3. 19), *c.* 24. C. *de admin.* (5. 37), *c.* 13. C. *arbitr. tut.* (5. 51), *nov.* 72. *c.* 6. 7. 8.

(45) *Fr.* 27. D. *de admin.* (26.7), *fr.* 7. § 3. D. *pro emt.* (41.4).

(46) *Fr.* 1. 3. § 4. 5. 6. *fr.* 4. 5. pr. § 1. D. *de reb. eor.* (27. 9), *c.* 13. C. *de præd.* (5. 71), *c.* 22. C. *de admin.* (5. 37).

(47) Theophil. II. 8. § 2, *c.* 25. 27. C. *de admin.* (5. 37).

(48) Gajus III. 106. 109.

(49) Gajus II. 83. 84. III. 107.

(50) *Fr.* 5. pr. § 1. D. *de autor. tut.* (26. 8), *fr.* 13. § 1. *fr.* 14. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 3. pr. D. *commod.* (13. 6).

mente, se ne aveva tratto guadagno[51]. Senza tutore però non poteva alienare[52], nè quitar validamente[53]. Se la tutela apparteneva a più persone, v. g. ad agnati eguali in autorità[54], questi contutori cumulativamente gerenti dovevano pure, se legali, o statuali dell'ordine antico, concorrere nell'autorare[55]; lo che fu poi da Giustiniano mutato[56]. Di più contutori però uno non doveva neanco aver amministrazione, ma essere unicamente tutore onorario[57]. Dell'educazione del pupillo non aveva da ingerirsene il tutore, ed occorrendo, vi provvedeva il maestrato[58].

525. Durante la tutela, per massima già sancita nelle dodici tavole, il tutore poteva essere da chiunque vi scorgeva un motivo accusato come sospetto e in caso di fondata querela rimosso dal maestrato[59]. Cessata poi la tutela, il tutore doveva renderne esatto conto, e di quanto avesse fatto contro ufficio o trascurato poteva essere convenuto coll'azione tuto-

(51) *Fr.* 21. pr. D. *ad l. Falcid.* (35. 2), *fr.* 25. § 1. D. *quando dies* (36. 2), *fr.* 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2), *fr.* 42. pr. D. *de iureiur.* (12. 2). Però i *fr.* 41. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 59. D. *de oblig.* (44. 7) si esprimono in modo contraddittorio.

(52) Gajus II. 80. 82; Ulpian. XI. 27, § 2. J. *quib. alien.* (2. 8).

(53) Cic. *Topic.* 11; Gajus II. 84; Theophil. II. 8. § 2.

(54) Gajus I. 164, § 7. J. *de capit. demin.* (1. 16).

(55) Cic. *pro Flacco* 34; Ulpian. XI. 26, *fr.* 4. 7. § 1. D. *de author.* (26. 8).

(56) *C.* 5. C. *de auctor. præst.* (5. 59).

(57) *Fr.* 60. § 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 3. § 2. D. *de admin.* (26. 7).

(58) *Fr.* 1-4. D. *ubi pupill.* (27. 2). c. 1. 2. C. *ubi pupilli* (5. 49), *nov.* 22. c. 38.

(59) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de suspect. tutor.* (26. 10), *tit.* J. *de suspect. tutor.* (1. 26), Gajus I. 182; Ulpian. XI. 23.

ria[60]. Nel caso di storno v'era un'azione penale del doppio[61], sancita già dalle dodici tavole[62]. Alla sicurezza del pupillo si provvedeva pure con satisdazioni[63], ed altre obbligazioni sussidiarie[64].

526. Oltre la tutela sui minori n' esisteva un'altra sulle donne, le quali nel diritto antico erano per varii rispetti, e benchè maggiori di età, tenute in tutela[65]. Come pei minori, il loro tutore era quello, che il capo di casa od altrimenti colui, cui per mano avesse la donna appartenuto come figlia o nipote, aveva nominato per testamento[66]. Alla donna però che si trovava in mano poteva pure nel testamento lasciarsi la scelta del tutore[67]. In difetto di disposizione testamentaria, sottentrava, come pei minori, la tutela legale degli agnati[68], del patrono e de' suoi figli[69], la tutela a questa analoga del padre in qualità di manumissore[70] e la tutela fiduciaria[71]. Quest' ultima, congiunta alla coemzione, offriva un facil

(60) *Fr.* 1. pr. § 3. *fr.* 4. pr. D. *de tutelæ act.* (27. 3), Cic. *pro Rosc. Com.* 6, *de offic.* III. 17; Gajus I. 191. IV. 62.
(61) *Actio rationibus distrahendis*, *fr.* 1. § 19-24. *fr.* 2. D. *de tutelæ act.* (27. 3), Paul. *sent. rec.* II. 30.
(62) *Fr.* 55. § 1. D. *de admin.* (26. 7).
(63) Gajus I. 199. 200, pr. § 1. 3. J. *de satisd.* (1. 24), *fr.* 5. § 1. D. *de legit. tut.* (26. 4), *fr.* 1. 2. 3. 4. 11. D. *rem pupilli* (46. 6).
(64) *Fr.* 4. § 3. D. *de fideiuss. et nominat.* (27. 7), *fr* 1. 2. 3. D. *de magistr. conven.* (27. 8), c. 1. 3. 4. 5. C. *de magistr. conven.* (5. 75), § 2. 4. J. *de satisd.* (1. 24).
(65) Liv. XXXIV. 2; Cic. *pro Murena* 12; Gajus I. 144. 190. 192; Ulpian. XI. 1.
(66) Gajus I. 144-49, *fragm. Vatic.* § 229.
(67) Gajus I. 150-54, Liv. XXXIX. 19.
(68) Gajus I. 155. 157.
(69) Liv. XXXIX. 9; Gajus I. 165. 175. 195, Ulpian. XI. 3.
(70) Vedi nota 11 *supra.*
(71) Vedi note 10. 12 *supra.*

mezzo di mutar tutore [72]. La tutela degli agnati, del patrono e del padre interessando anche il tutore, come connessa a' suoi diritti reali [73], gli era lasciata, quantunque assente, minore, mentecatto od altrimenti incapace; e la donna, che di lui abbisognasse, doveva limitarsi, giusta il disposto di varii senatoconsulti e della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, ad implorarne uno idoneo [74]. Finalmente, mancando tutori legali o fiduciarii, toccava al magistrato, come pei minori, di dare alla donna dietro sua istanza un tutore [75]. La tutela sulle donne era in generale più gravosa che su'minori, perchè suscettiva di molto maggiore durata; onde il tutore testamentario poteva abdicare [76], ed il legale trasferir la tutela ad un altro per cessione giudiziaria [77]. Del rimanente le Vestali erano già, per disposto delle dodici tavole, esenti da tutela [78]; e quest'immunità fu poi anche estesa alle donne che avessero generato un dato numero di figli [79].

527. Scopo della tutela sulle donne non era già l'amministrazione dei beni, propria della donna stessa; motivo per cui non vi si fa parola nè di resa di conti

(72) Gajus I. 114. 115. 195.

(73) Gajus I. 192.

(74) Gajus I. 173-181. 184; Ulpian. XI. 20. 21. 22. Non è dubbio che se questi passi non parlano più degli agnati, ciò è solo perchè in allora la lor tutela già era abolita.

(75) Liv. XXXIX. 9; Ulpian. XI. 18; Gajus I. 185. 186. 187. 195

(76) Ulpian. XI. 17. Molte ragioni concorrono a far credere che il diritto di abdicazione si applicasse soltanto alla *tutela mulierum* testamentaria.

(77) Gajus I. 168-172; Ulpian. XI. 6. 7. 8. 17. XIX. 11. Questa proposizione è più minutamente discussa da Rudorff, *Vormundschaft* I. § 28.

(78) Plutarch. *Numa* 10; Gajus I. 145.

(79) Gajus I. 145. 194. III. 44; Ulpian. XXIX. 3.

nè di azion tutoria [80]. Il tutore interveniva soltanto e neppur sempre [81], per autorare [82]. La donna poteva in ispecie ricevere pagamenti senza il tutore e dar danaro a mutuo [83]. Ma, tuttochè limitata, questa tutela non resse alla crescente libertà di costume. Ai tempi della repubblica l'autorazione si era già resa per varie specie di tutori una vuota formalità, potendo il pretore forzare a prestarla [84]. Sotto Claudio la tutela degli agnati venne del tutto abolita [85]. Le sole tutele legali del patrono e del padre come manumissore avevano ancora un'importanza reale; la testamentaria, l'optata e la fiduciaria si riducevano a simulacro [86]. Sparve in ultimo l'intiero instituto, senzachè se ne possa additar l'epoca precisa [87].

(80) Gajus I. 190. 191.
(81) Ulpian. XI. 25.
(82) Cioè per stare in giudizio in una *legis actio* od in un *legitimum iudicium*, Gajus I. 184, Ulpian. XI. 24. 27, per alienare una *res mancipi*, Ulpian. XI. 27; Gajus I. 192. II. 47. 80, *fragm. Vatic.* § 1, per intraprendere un *civile negotium* Ulpian. XI. 27; un' *in iure cessio*, *Fragm. Vatic.* § 45, *manumissio*, Ulpian. I. 17, *fragm. de manumiss.* 17, *acceptilatio*, Gajus II. 85. III. 171, per fare una *coemtio*, Cic. *pro Flacco* 34; Gajus I. 195, Ulpian. XI. 22, per costituire una *dos*, Cic. *pro Flacco* 35; Gajus I. 178. 180; Ulpian. XI. 20. 21, e generalmente dovunque la donna doveva validamente obbligarsi, Cic. *pro Cæcina* 25; Gajus I. 192. III. 91. 108; Ulpian. XI. 27; per l'adizione inoltre d'una eredità, Gajus I. 176; Ulpian. XI. 22, e per la confezione di un testamento, del che si parlerà ancora nel Diritto successorio.
(83) Cic. *Topic.* 11; Gajus II. 81. 85. III. 171.
(84) Cic. *pro Murena* 12; Gajus I. 190. II. 122.
(85) Gajus I. 157. 171; Ulpian. XI. 8. Naturalmente la tutela degli agnati sulle donne impuberi continuò a sussistere; ma ciò non sembra essersi compreso ed aver necessitato una special dichiarazione, c. 2. C. Th. *de tutor.* (3. 17), c. 3. C. *de legit. tut.* (5. 30).
(86) Gajus I. 192. II. 122.
(87) Le ultime e sicure traccie sono dei tempi di Diocleziano, *fragm. Vatic.* § 325.

528. Oltre ai due casi in cui aveva luogo la tutela, esisteva in un altro la curatela. Tal era in primo luogo il caso del mentecatto. Questi era già dalle dodici tavole sottoposto alla cura de' suoi agnati e gentili[88], a difetto dei quali usava dargli un curatore il maestrato[89]. Ma per rescritto di Marco Aurelio, quando il padre avesse nel testamento nominato uno a curatore, il pretore doveva dar questo[90]. In secondo luogo, per uso già confermato dalle dodici tavole, si poteva pronunciare contro la persona notoriamente prodiga l'interdizione, e porne i beni nella curatela degli agnati[91], quando però ella fosse divenuta erede intestato del proprio padre[92]. Più tardi nacque anche l'uso di dare fuor di questo caso, o quando il curatore legale non paresse idoneo, un curatore di mano del maestrato[93], donde la giurisprudenza inferì, come pei mentecatti, che il maestrato confermar doveva il dato dal padre nel testamento[94]. Nè l'uno nè l'altro curatore aveva autorità d'interporre, poichè ciò faceva, se non altro, supporre un principio di capacità giuridica, che l'autorità veniva a comple-

(88) Cic. *de invent.* II. 50; Author *ad Herenn.* I. 13; Ulpian. XII. 1. 2; Gaius II. 64. Più tardi anche il fratello emancipato ebbe la curatela, c. 5. C. *de curat.* (5. 70).

(89) *Fr.* 8. § 3 *fr.* 12. pr. D. *de tutor. et curat.* (26. 5), *fr.* 1. 2. 6. 13. D. *de curat.* (27. 10), c. 1. 7. § 6. C. *de curat.* (5. 70), § 3. 4. J. *de curat.* (1. 23).

(90) *Fr.* 16. pr. D. *de curat.* (27. 10), c. 7. § 5. C. *de curat.* (5. 70), c. 27. C. *de episc. aud.* (1. 4).

(91) *Fr.* 1. pr. D. *de curat.* (27. 10), Ulpian. XII. 1. 2; Valer. Max. III. 5. 2. La formola d'interdizione ci è data da Paul. *sent. rec.* III. 4. § 7.

(92) Ulpian. XII. 3.

(93) Ulpian. XII. 3; *fr.* 1. 3. D. *de curat.* (27. 10), c. 1. C. *de curat.* (5 70), § 3. J. *de curat.* (1. 23).

(94) *Fr.* 16. D. *de curat.* (27. 10).

tare. E questo principio mancava sì al mentecatto, che al prodigo dichiarato; al primo assolutamente[95], ed al secondo per tutto quel tempo che l'interdizione durava[96].

329. Una terza specie di curatela si riferiva a coloro che avevano bensì raggiunta la pubertà, ma per la troppa lor giovinezza abbisognavano ancora di protezione[97]. La legge Pletoria già vigente nel secolo sesto a'tempi di Plauto aveva minacciato la frode usata ai minori di 25 anni[98] d'azion penale[99], che come al solito, fruttava l'infamia[100], e vietato in ispecie con essi stipulazioni[101] e mutui[102], seppure il minorenne non avea ottenuto dal maestrato, narrandone i motivi, un curatore[103]. Più tardi anche il pretore diè promessa d'aiuto secondo le circostanze[104]. Finalmente Marco Aurelio prescrisse che ogni minore avesse costantemente a fianco un curatore[105]. Costui doveva pure di certo implorarsi dal maestrato[106], il quale, come sempre,

(95) Gajus III. 106, *fr.* 70. § 4. D. *de fideiuss.* (46. 1), *fr.* 5. D. *de regul. iur.* (50. 17). Onde nel diritto antico ei non poteva acquistare una eredità, perchè a ciò si richiedeva un atto personale, *fr.* 63. D. *de acquir. hered.* (29. 2), *c.* 7. § 3. C. *de curat.* (5. 70).

(96) *Fr.* 6. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 10. pr. D. *de curat.* (27. 10), *fr.* 40. D. *de regul. iur.* (50. 17).

(97) Vedi in proposito Savigny *von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht* (*Zeitschrift* x. 232).

(98) La fissazione di quest'età è attestata da Sueton. *ap. Priscian.* VIII. 4, Plaut. *Pseudol.* I. 3. *v.* 69, *Rudens* v. 3. *v.* 26, *c.* 2. C. Th. *de donat.* (8. 12).

(99) Cic. *de nat. deor.* III. 30. *de offic.* III. 15.

(100) *Lex Julia municipalis*, lin. 38. (Haubold *monum.* p. 123).

(101) Priscian. VIII. 4. XVIII. 19; Plaut. *Rudens* v. 3, *v.* 24. 25. 26.

(102) Plaut. *Pseudol.* I. 3. *v.* 69. 70.

(103) Ciò si ricava da Capitol. *Marc.* 10.

(104) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *de minor.* (4. 4).

(105) Capitol. *Marc.* 10; Gajus *epit.* I. 8.

(106) *Fr.* 13. § 2. D. *de tutor.* (26. 5), *fr.* 2. § 4. 5. D.

aver doveva un qualche riguardo al nominato nel testamento del padre[107]; poichè il curatore non s'imponeva al minore, salvo quando avesse a procedere giudizialmente[108]. Tuttavia non pochi motivi costringevano indirettamente il minore a far di quello domanda. I suoi debitori particolarmente non gli potevano far pagamenti con piena sicurezza senza un curatore, ondechè nel suo stesso interesse gli era forza domandarlo[109]. Il tutore inoltre uscente d'ufficio dovea farne al minore viva istanza[110], nè senza di ciò pagava quello di che gli andava debitore. Di tal modo ogni minore aveva di regola un curatore[111]; benchè pel rimanente non fosse cosa di assoluta necessità, e non mancassero in buon numero minori sprovvisti di curatore[112], segnatamente se possessori di picciolissima fortuna, o divenuti, appena raggiunta la pubertà, *sui juris*. Siccome però l'anzidetto senatoconsulto di Severo vietò al minore l'alienazione di stabili senza giudizial decreto[113], il difetto di un curatore si rese meno sensibile.

qui petant (26. 6), c. 6. C. *qui petant* (5. 31), *fr.* 5. § 5. D. *de admin.* (26. 7).

(107) *Fr.* 1. § 3. *fr.* 2. § 1. *fr.* 6. D. *de confirm. tutor.* (26. 3), *fr.* 3. § 5. D. *de admin.* (26. 7), § 1. J. *de curat.* (1. 23).

(108) § 2. J. *de curat.* (1. 23), c. 1. C. *qui petant* (5. 31), c. 11. C. *qui dare* (5. 34).

(109) *Fr.* 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4).

(110) *Fr.* 5. § 5. *fr.* 33. § 1. D. *de admin.* (26. 7), c. 7. C. *qui petant* (5. 31).

(111) *Fr.* 1. § 3 D. *de minor.* (4. 4), ULPIAN. XII. 4; DIO CASS. LII. 20, pr. J. *de curat.* (1. 23).

(112) *Fr.* 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4), c. 3. C. *de in integr. restit.* (2. 22).

(113) *Fr.* 1. § 2. D. *de reb. eor.* (27. 9), c. 2. § 1. c. 3. C. *de his qui veniam* (2. 45), c. 3. C. *quando decreto* (5. 72), c. 3. C. *si maior factus* (5. 74), c. 7. 11. C. *de prædiis* (5. 71).

330. Questa cura aveva per effetto di dare al curatore, a somiglianza del tutore, l'amministrazione dei beni del minore[114]. Ma il curatore non aveva autorità d'interporre, e quando il suo concorso tornava necessario, bastava il consenso. Laonde il suo ufficio era intieramente diverso da quello del tutore di famiglia; donde nasceva che la donna minore aveva talvolta nello stesso tempo un tutore e un curatore[115]. Le alienazioni però fatte senza decreto giudiziale furono col predetto senatoconsulto di Severo e colla costituzione di Costantino vietate sì ai curatori, che ai tutori[116]; ed il principio fu poi esteso dalla giurisprudenza al curatore del mentecatto, cui le dodici tavole avevano dato in ciò ampia balìa[117], ed al curatore dell'interdetto[118]. La condizione del minore soggetto a curatore s'assomigliava a quella dell'interdetto; egli non poteva alienar cosa alcuna[119]. Ma nel rimanente la cura non mutava la sua capacità di agire, ondechè poteva contrar debiti ed essere per essi convenuto prima e dopo la minorità[120]. Le satisdazioni colle altre obbligazioni sussidiarie[121], e la

Egli aveva libera facoltà di alienare altre cose, *c.* 3. C. *de in integr. restit.* (2. 22).

(114) *Fr.* 20. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *fr.* 14. § 7. D. *de solut.* (46. 3).

(115) *Fragm. Vatic.* § 110.

(116) *Fr.* 1. pr. § 1. *fr.* 8. § 1. *fr.* 11. D. *de reb. eor.* (27. 9), *c.* 16. C. *de prædiis* (5. 71), *c.* 22. C. *de admin. tutor.* (5. 37).

(117) Gajus II. 64, *fr.* 56. § 4. D. *de furt.* (47. 2).

(118) *Fr.* 8. § 1. *fr.* 11. D. *de reb. eor.* (27. 9), *c.* 2. C. *de curat.* (5. 70).

(119) *C.* 3. C. *de in integr. restit.* (2. 22), *fr.* 6. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(120) *Fr.* 101. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 43. D. *de oblig.* (44. 7).

(121) Gajus I. 199. 200, *fr.* 4. § 8. D. *rem pupilli* (46. 6),

rimozione di un sospetto[122] erano per le tre specie di curatori governate dagli stessi principii della tutela. Ma a differenza di questa, l'azione riguardante l'amministrazione del curatore era la comune per altrui gestione d'affari[123], benchè nel caso di dolo si desse anco l'azione in doppio[124].

CAPITOLO X.

LA PROPRIETÀ.

531. Ed ora veniamo ai rapporti giuridici sulle cose. L'idea loro fondamentale è quella di proprietà, cioè di un dominio assoluto sulla cosa. Questo dominio è per sè cosa fattizia, e diventa giuridica per la tutela e l'effetto verso terzi che il diritto positivo v'annette. Quest'effetto presso i Romani stava segnatamente nel poter vindicare contro chiunque la cosa propria. Eglino però erano convinti, essere questo un privilegio derivante dal proprio loro diritto. Onde dir sua una cosa per diritto quiritario era un esprimere nell'antico giure di Roma la proprietà[1]. Cotesta proprietà quiritaria, finchè non v'ebbero fondi provinciali, s'applicò ad ogni

tit. J. *de satisd. tutor.* (1. 24), *c.* 7. § 4. 5. 6. C. *de curat.* (5. 70).

(122) *Fr.* 3. § 2. D. *de suspect. tutor.* (26. 9).

(123) *Fr.* 4. § 3. *fr.* 13. 14. D. *de tutel. act.* (27. 3), *c.* 7. C. *arbitr. tutel.* (5. 51).

(124) PAUL. *sent. rec.* II. 30.

(1) Questo appare segnatamente nell'antica formola vindicatoria. Anche Cicerone chiama frequentemente la proprietà quiritaria *mancipium*. Il vocabolo *dominium* è dell'età posteriore.

spezie di cose [2]; ma come ella fosse costituita, è cosa un po' intricata. Si faceva in primo luogo una distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi*. Nel novero delle prime venivano le possessioni in suolo italico, sì di terreni che di case, le servitù sopra terre del paese, gli schiavi, e per ultimo i buoi, i cavalli, i muli e gli asini. Ogni altra cosa era *nec mancipi* [3]. Questa distinzione datava dalla più remota età [4]. Al suo fianco v'era pure una differenza nei modi d'acquisto. Le *res mancipi* non potevano alienarsi e trasferirsi per semplice tradizione nella proprietà quiritaria di un altro, ma conveniva operarne la mancipazione o l'*in iure cessio* [5]; la tradizione ingenerava soltanto un *in bonis esse* fittizio, senza proprietà, la quale si rimaneva presso il tradente [6]. All'incontro le altre cose si alienavano per semplice tradizione compiutamente [7]; potevasi, volendo, cederle *in iure* [8], ma senza necessità di mancipazione [9].

(2) Ulpiano infatti attesta che anche sulle *res nec mancipi* si aveva dominio *ex iure Quiritium*, XXIV. 7.

(3) ULPIAN. XIX. 1; GAJUS I. 120. II. 15. 16. 17, *fragm. Vatic.* § 45. 259. *Res mancipi* sta in luogo di *mancipii*.

(4) Di ciò fanno testimonianza GAJUS II. 47. BOETHIUS *ad Topic.* 5, e la legge Cincia, che v'ebbe sostanzialmente riguardo. Anche Cicerone accenna più volte a questa distinzione, *pro Flacco* 32, *Topic.* 5.

(5) GAJUS II. 22; ULPIAN. XIX. 3; CIC. *Topic.* 5, BOETHIUS *ad Topic.* 5.

(6) GAJUS II. 41. 204; ULPIAN. I. 16.

(7) GAJUS II. 19. 20; ULPIAN. XIX. 7.

(8) ULPIAN. XIX. 9, *fragm. Vatic.* § 45.

(9) ULPIAN. XIX. 3. Fassi anche menzione d'una mancipazione di perle, PLINIUS *hist. nat.* IX. 58. 60 (35). Ma questa fu una goffa applicazione della forma antica, al fine di dare alla tradizione una maggior vernice di gravità. Così crede anche PUCHTA *Institutionen* II. § 238, nota *aa*. DIRKSEN però *über die Mancipation der Perlen* (*Vermischte Schriften* I. 78), *Erörterung einiger auf die Mancipation bezüglichen Rechtsfragen*

532. La forma della mancipazione corrispondeva agli ordini del tempo, in cui non v'era danaro coniato, e il metallo si pesava [10]. Chiamavansi cinque cittadini romani, rappresentanti probabilmente le cinque classi di Servio Tullio [11], con un sesto, che tenesse la stadera [12]; il prezzo della compra era raffigurato da un rozzo pezzo di rame [13], più tardi un asse [14], e in cambio di questo l'altro si pigliava la cosa, la quale se mobile, passava di subito in sua mano [15]. Talvolta vien fatta menzione di una settima persona, l'Antestato, di significazione per noi problematica [16]. L'antico vocabolo usato a designar questa forma giuridica, e riportato già dalle dodici tavole, era Mancipio [17]. Un altro più in uso e pur registrato nelle dodici tavole, era il vocabolo Nesso (*Nexum* o *Nexus*) [18], che propriamente serviva a designar tutti i negozi, in cui si faceva uso della stadera e del rame [19]. Mancipazione

(SELL, *Jahrbücher* II. 67), ed HUSCHKE *über die angebliche Mancipation der Perlen* (SAVIGNY, *Zeitschrift* XII. 289) hanno di ciò tentato altre spiegazioni che non soddisfano.

(10) GAJUS I. 119-22, ULPIAN. XIX. 3-6.

(11) A costoro appunto allude la denominazione di *classici testes*, FESTUS *v. Classici.*

(12) PLINIUS *hist. nat.* XXXIII. 13 (3).

(13) VARRO *de lingua lat.* V. 163.

(14) FESTUS *v. Rodus*, THEOPHIL I. 12. § 6.

(15) Sopra alcuni punti secondarii vedi DIRKSEN *Erörterung* (SELL, *Jahrbücher* II. 65-69).

(16) GAJUS *epit.* I. 6. § 3; PRISCIAN. *lib.* VIII. p. 792. Putsch. GRUTER *inscr.* p. 1081. n. 1; ORELLI *inscr.* T. II. n. 4358. BÖCKING, *Institutionen* I. § 46. nota 19 ne cerca una spiegazione. Egli tiene l'*antestatus* per una persona sacerdotale, che richiedeva le altre dell'atto.

(17) FESTUS *v. Nuncupata*, *fragm. Vatic.* § 50.

(18) FESTUS *v. Nuncupata.* Quinci *traditio nexu*, CIC. *Topic.* 5, *ius nexi*, *de harusp. resp.* 7, *mancipia quæ sunt dominorum facta nexu*, *Paradox.* V. 1.

(19) VARRO *de ling. lat.* VII. 105; FESTUS *v. Nexum*, CIC. *de orat.* III. 40.

per mancipio non si trova detto che a tempo dell'impero.

533. L'altra forma, l'*in iure cessio*, era egualmente artificiale. La persona che sotto tal forma doveva acquistare una cosa la vindicava in giudizio, come già sua, ed il pretore, non contraddicendo il precedente proprietario, gliela aggiudicava (*addicebat*) [20]. Questa forma, a guisa dell'altra, era già nominata nelle dodici tavole [21]; ma più tardi, quando si potè adoperar quella più comoda per mancipazione, non si usò più che raramente [22]. Nella traslazione però di cose incorporali, che mai non si operava per tradizione e dove la mancipazione aveva luogo soltanto in fatto di servitù prediali [23], l'*in iure cessio* si mantenne in pregio.

534. Alla mancipazione ed all' *in iure cessio* s'aggiungeva un terzo non meno antico e rilevante modo di acquisto, cioè l'usucapione. Chi aveva legalmente acquistato dal proprietario una *res mancipi*, ma ricevutala per sola tradizione, non poteva considerarla sua che fittiziamente; senonchè dopo un anno, od in fatto di stabili, dopo due, ne acquistava, per massima confermata dalle dodici tavole, la proprietà quiritaria [24]. Imperò mostrando il suo titolo di acquisto e il tempo percorso egli poteva agire in proprio contro terzi, mentre prima avrebbe dovuto chiamare in causa il suo autore [25].

(20) Gajus II. 24; Ulpian. xix. 9. 10.
(21) *Fragm. Vatic.* § 50.
(22) Gajus II. 25.
(23) Gajus II. 19. 28. 29. 30; Ulpian. xix. 11.
(24) Gajus II. 41. 42, Cic. *Topic.* 4, *pro Cæcina* 19; Boethius *ad Topic.* 4.
(25) Con ciò si spiega l'espressione *usus auctoritas.*

555. È quistione assai controversa, come nascesse questo complicato sistema dei modi d'acquisto. In ciò conviensi primieramente stabilire il carattere comune delle *res mancipi*[26]. Alcuni veggono in esse una relazione col bottino militare e colla sua occupazione[27]. Ma in tal caso noi domandiamo perchè la greggia, le armi [28], e le cose preziose non vi erano comprese. Altri, e giustamente, han visto nelle *res mancipi* un' attinenza coll'agricoltura, cioè colla tenuta rurale e colle sue pertinenze. Ma questo non spiega ancora la derivazione del sistema sulle acquisizioni. Evidentemente esso non nacque ad un sol parto, ma fu un composto di elementi varii e successivi, che probabilmente si chiarisce nel modo che segue. In origine, per acquistar proprietà quiritaria, i patrizi e clienti si valevano unicamente dell'*in iure cessio*, e la tradizione se isolata, conferiva sulle cose un avere meramente fittizio, che si cambiava in dominio solo per usucapione[29]. I plebei erano allora del tutto incapaci di proprietà quiritaria, e il loro dominio consisteva in un mero possesso trasmessibile per tradizione. Venne dipoi Servio Tullio, che fra le molte instituzioni ordinate in pro de' plebei, reseli eziandio capaci di dominio quiritario [30]. Egli volse il loro possesso in

(26) Danz, *Gesch. des röm. Rechts* § 124, e Böcking *Institutionen* I. § 73 danno un buon sunto delle varie opinioni.

(27) Così pensano anche Böcking e Puchta *Institutionen* II. § 238.

(28) Böcking, a dir vero, dà questa spiegazione: *Der ganze* hostis *wurde zum* mancipium *gemacht*; *man streifte ihm nicht die Waffen ab.* Ma difficilmente troverà molti lettori che gli credano.

(29) Conviene che un tempo la *traditio* non desse neppure la proprietà delle *res nec mancipi*, poichè altrimenti non sarebbe mai stata necessaria per le *res nec mancipi* l'*in iure cessio*.

proprietà civile, colla sola condizione, a motivo dei libri cadastrali, che l'acquisto della proprietà di una tenuta e delle sue pertinenze avesse forma di mancipazione. Ed a fianco di questa si mantenne l'*in iure cessio*, finchè entrambe di per sè o deliberatamente vennero fuse in uno. Così resta spiegato, primamente, perchè vi fossero sopra uno stesso oggetto due forme, la mancipazione e l'*in iure cessio*; secondamente, perchè anche la tradizione valesse a conferire sulle *res nec mancipi* proprietà quiritaria; terzamente, perchè l' *in iure cessio* si applicasse ad ogni ordine di cose; e finalmente perchè la mancipazione si applicasse alle sole *res mancipi*.

536. Oltre alla mancipazione, all'*in iure cessio* ed all'usucapione esistevano sì pei singoli oggetti [31], che per un' intiera università [32], altri modi d' acquisto, dei quali si dirà meglio parlando dei rapporti giuridici cui vanno collegati. A fianco poi di questi modi derivanti dal giure proprio di Roma, n'erano altri fondati, a guisa della tradizione, nella ragion naturale, e trapiantati da questa nella ragion civile [33]. Tal si era in ordine alle bestie feroci, ai pesci, e alle prede militari l'occupazione [34]; la quale occorrendo in sito vietato, non dava azione petitoria [35], ma personale [36]. Questa differenza tra l'acquisto in sè e il diritto

(30) Vedi § 34 *supra*.

(31) Cioè la *emtio sub corona*, Varro *de re rust*. II. 10, la *adiudicatio*, *lex*, Ulpian. XIX. 2. 16. 17, il *legatum*, Gajus II. 97.

(32) Come nell'*hæreditas*, nell'arrogazione, nella mano, Gajus II. 97. 98. III. 82, e nella *sectio bonorum*. (Libro IV. cap. 8).

(33) Gajus II. 65, *fr*. 1. pr. D. *de acquir. rer. domin*. (41. 1).

(34) Gajus II. 66-69, *fr*. 1-5. D. *de acquir. rer. domin*. (41. 1).

personale aveva pur luogo nella preda militare[37]. Dominio naturale si era pur quello per alluvione, e sopra un'isola nata in fiume pubblico[38]; proposizione però dubbia per un territorio limitato[39], e che gli imperatori decisero poi negativamente[40]. Gli altri modi naturali d'acquisto non hanno pregio storico[41]. In tutti questi casi si acquistava non dubbiamente, e senza distinzione di *res mancipi* o *nec mancipi*, proprietà quiritaria[42].

537. Ma col tempo le cose mutarono. Egli era gravoso pel commercio, che il compratore di una *res mancipi*, avutala per semplice tradizione, dovesse in caso di vindicazione chiamar in causa il suo autore, che spesso non si poteva cogliere. L'*in bonis* fu quindi mutato in dominio, e ne nacque una cotal proprietà doppia[43], per cui una stessa cosa potè essere presso

(35) *Fr.* 55. D. *de acquir. rer. domin.* (41. 1).

(36) *Fr.* 16. D. *de servit. præd. rust.* (8. 3), *fr.* 13. § 7. D. *de iniur.* (47. 10), § 12. 14. J. *de rer. div.* (2. 1).

(37) Di regola il bottino si doveva consegnare e poi vendere dai questori per conto dell'erario; ma il capitano poteva anche lasciarlo ai soldati (§ 180. 181). Quindi il soldato che occupava il bottino per conto, non dello Stato, ma proprio lo faceva in ogni caso suo, come cosa divenuta vacante; senonchè, così facendo senza autorizzazione, poteva essere punito di violazione del giuramento militare.

(38) Gajus II. 70. 71. 72, *fr.* 7. § 1-6. D. *de aquir. rer. domin.* (41. 1).

(39) Aggenus *de controv. agror.* (ed. Goes. p. 69).

(40) *Fr.* 16. D. *de aquir. rer. domin.* (41. 1), *fr.* 1. § 6. D. *de flum.* (43. 12).

(41) Gajus II. 73-79, *fr.* 7. § 7-13. *fr.* 9. pr. § 1. 2. D. *de acquir. rer. domin.* (41. 1).

(42) Infatti Gaio tratta della differenza delle *res mancipi* e *nec mancipi*, dell'*ius Quiritium* e dell'*in bonis esse* in ordine soltanto agli effetti della *traditio*. Gli altri modi naturali d'acquisto sembra quindi che conferissero la piena proprietà sopra ogni genere di cose. Mayer però nella dissertazione, che ora citeremo, pensa diversamente.

uno in proprietà quiritaria, e presso un altro in proprietà naturale [44]. In quest' ultima si contenevano tutti i diritti propriamente reali; e nel caso in ispecie di proprietà divisa sopra schiavi la podestà e l'acquisto erano del proprietario naturale [45]. Alla prossecuzione del suo diritto contro terzi provvide la formola trovata dal pretore Publicio, la quale, anticipando per finzione l'usucapione, spettava a chiunque avesse ricevuto per tradizione, ma non ancora usucatto una cosa [46]. Contro al proprietario quirizio il naturale venne pur tutelato con un'eccezione [47].

338. Una seconda mutazione fu opera del diritto pretoriano [48]. Gli editti trovarono varii modi d'acquisto affatto estranei al diritto civile. Essi quindi non davano proprietà quiritaria, ma un nudo possesso tutelato dal pretore, il quale si estese puranco alle *res nec mancipi*, con tutto che la semplice tradizione

(43) Vedi MAYER *über das* duplex dominium (SAVIGNY *Zeitschrift* VIII. 1).

(44) GAJUS I. 54. II. 40. 41; THEOPHIL I. 5. § 4.

(45) GAJUS I. 54. 167. II. 88. III. 166; ULPIAN. XIX. 20.

(46) GAJUS IV. 36. Con ciò non si accordano certamente le parole dell'editto, quali elle sono riferite nel *fr.* 1. pr. D. *de public.* (6. 2). Ma queste parole sono senza dubbio interpolate sulle basi del diritto posteriore (nota 71). Altri, fra' quali MAYER, riferiscono a ciò la *formula petitoria* di GAJUS IV. 91. 92. Ma varii passi provano decisivamente, che questa formola presupponeva il *ius Quiritium*, CIC. *in Verr.* II. 12; SIMPLICIUS ed. Goes. p. 79; GAJUS IV. 34. 41.

(47) Cioè coll'*exceptio rei venditæ et traditæ* (nota 68) o coll'*exceptio doli*.

(48) I casi di maggior importanza sono la *bonorum possessio* e l'*emtio bonorum*. A questo cangiamento si riferisce inoltre la seconda *missio* in ordine al *damnum infectum* ed il *servus iussu Prætoris ductus*, dove il padrone non si presentasse nell'azion nossale (§ 449).

valesse per queste a conferir dominio quiritario. A un tal possesso pretoriano si applicarono mezzi giuridici proprii plasmati con finzioni sul diritto civile [49], e lo si rese suscettivo d'usucapione [50]. Esso fu quindi pareggiato intieramente alla proprietà naturale [51], e detto al par di questa dominio (*dominium*) [52].

539. Nuove quistioni sorsero inoltre quanto ai peregrini soggetti all'impero romano. Tuttochè incapaci di aver proprietà romana [53], era nondimeno attribuito a costoro un diritto di proprietà [54], che poteva realizzarsi in tre casi. Primieramente quando un peregrino avesse legalmente acquistato in Roma od in Italia e avuto una cosa per tradizione [55]. I tribunali romani non è dubbio che proteggessero codesto acquisto, benchè s'ignori con quale azione, o forse con una finzione designata nell'editto del pretore incaricato di questo ramo dell'autorità giudiziaria [56]. Secondamente quanto alle cose mobili; che il provinciale possedeva il qual possesso era guarentito dal tribunale del governatore con un'azione, determinata fuor di dubbio dall'editto provinciale [57]. Terzamente il suolo provinciale non era, a dir vero, capace nè di nesso nè

(49) Gajus III. 32. IV. 34. 35.
(50) Gajus III. 80.
(51) Ond'è che si usa pure a designarla il vocabolo *in bonis*, Gajus III. 80, *fr.* 2. § 1. D. *si ex noxali* (2. 9), *fr.* 26. § 6. D. *de noxal. act.* (9. 4).
(52) *Fr.* 1. D. *de bonor. poss.* (37. 1), *fr.* 47. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 7. § 1. D. *de usufr.* (7. 1), *fr.* 15. § 16. 17. 33. D. *de damn. infect.* (39. 2).
(53) Ulpian. XIX. 4.
(54) Gajus II. 40. I peregrini fuori dell'impero romano non sono qui certamente compresi.
(55) *Fragm. Vatic.* § 47.
(56) Gajus IV. 37.
(57) Cic. *ad Attic.* VI. 1. 12 (15).

di mancipio [58]; che anzi in teoria si opinava, averne i privati il semplice possesso ed usufrutto, la proprietà spettarne al popolo romano [59]. Ma in pratica questo possesso si considerava come dominio, onde si discorreva di proprietà, dominio e vindicazioni [60]. Dopochè tutti gli abitanti dell'impero romano ebbero da Caracalla il cittadinatico, le due prime differenze svanirono in massima parte [61], salvo pei manomessi, i soli rimasti peregrini. Ma la qualità giuridica del suolo provinciale non ne andò per nulla migliorata.

540. Allorchè Giustiniano imprese le sue riforme, tutte queste distinzioni giacevano ancora nei fonti. Ma da gran tempo la proprietà quiritaria aveva perduto ogni valor pratico, perchè anche all'*in bonis* ed al dominio del suolo provinciale andava unita un'azione reale. Giustiniano annullò quindi la proprietà quiritaria, e tutte le distinzioni che le si appiccavano, cosichè ogni proprietà, dovunque esistente, divenne perfettamente giuridica [62]. Con ciò cadde naturalmente la distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi*, siccome quella che solo si riferiva ai modi d'acquisto della proprietà quiritaria [63]. Cadde inoltre la differenza tra suolo italico e provinciale, e quest'ultimo

(58) Gajus II. 27; Simplicius ed. Goes. p. 76.

(59) Gaius II. 7. 21; Theophil. II. 1. § 40; Aggenus *in* Frontin. p. 46. 47.

(60) *Fragm. Vatic.* § 283. 315. 316; Simplicius ed. Goes. p. 76.

(61) Ed è per ciò che anche di questa parte del Diritto de' peregrini non si è conservato traccia. Ben si potrebbe a questo riguardo citare il *fr.* 23. pr. D. *de rei vind.* (6. 1). Ma la menzione ivi fatta del *ius gentium* non si riferisce alla qualità del dominio, sibbene alla natura dell'acquisto. Cfr. *fr.* 1. pr. *fr.* 9. § 3. D. *de acquir. rer. domin.* (41. 1).

(62) *C. un.* C. *de nudo Quirit. tollendo* (7. 25).

(63) *C. un* C. *de usucap. transform.* (7. 31).

fu in tutto pareggiato al primo[64]. Nissun divario parimenti più v'ebbe tra proprietà civile e pretoriana. Cessò il significato della mancipazione e dell'*in iure cessio*, alle quali sottentrò la tradizione[65], parola che pur venne dappertutto sostituita nei frammenti delle pandette. Finalmente col mezzo della formola petitoria[66], da cui si tolsero le parole relative al diritto quiritario, l'antica vindicazione divenne d'uso generale[67], e inutile per conseguenza l'azione publiciana surrogante prima la petitoria. L'eccezione proteggente la proprietà naturale contro la nuda quiritaria cessò pure sotto questo rispetto di esistere, e solo si mantenne in quell'altra forma e con quell'altro indirizzo che la giurisprudenza le aveva dato[68].

341. Un non so che di analogo alla proprietà sorse nell'istituto della *bonæ fidei possessio*. Ciò è, che l'acquisto di una cosa fatta con titolo giuridico e in buona fede, ma dal non proprietario, non conferiva proprietà, ma produceva nullameno due rilevanti effetti. Il primo di essi, già sancito dal diritto primitivo, consisteva nel poter invocare all'appoggio d'un tal possesso l'usucapione, ed acquistar così vera proprietà quiritaria senza distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi*[69]. Il secondo, che venne dopo il trovato dell'azion Publiciana nella quale fu pur compreso il caso di un siffatto acquisto, si era che il *bonæ fidei possessor* poteva usare di codest' azione anche prima del compimento dell'usucapione[70].

(64) § 40. J. *de rer. divis.* (2. 1), THEOPHIL. II. 1. § 40.
(65) *Ibidem.*
(66) Vedi nota 46 *supra.*
(67) Di questa formola si hanno traccie nei *fr.* 36. pr. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 178. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16).
(68) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de except. rei vend. et trad.* (21. 3).
(69) GAJUS II. 43. 44; ULPIAN. XIX. 8.
(70) GAJUS IV. 36, *fr.* 1. D. *de Public.* (6. 2).

Sotto questo rispetto l'azione publiciana si mantenne altresì nel Diritto Giustinianeo [71], mentre l'altra sua applicazione all' *in bonis* andò quivi smarrita. Del rimanente la giurisprudenza diè pure una simile azione a colui che aveva in buona fede ottenuto il possesso pretoriano sulla cosa di un terzo [72], od acquistato dal non proprietario un fondo provinciale [73]. Probabilmente ella fu anche concessa ai peregrini, e l'editto provinciale registrava in proposito qualche disposizione [74]. Ma al postuttto e' non valeva che contro il ritentore della cosa per virtù di titolo men forte, e il vero proprietario poteva di regola eccepire in contrario.

542. L'usucapione all'incontro non si applicava a peregrini, nè a fondi provinciali, perchè quelli subbiettivamente, questi obbiettivamente non avevano capacità di dominio quiritario [75]. Questa lacuna fu poi supplita, non sappiam quando [76], dalla massima, che chi avesse acquistato e lungamente posseduto in buona fede e con titolo giuridico una cosa avesse altresì in tutti i casi contro l'azione del proprietario una prescrizione od eccezione. Le costituzioni imperiali estesero lo stesso principio alle cose mobili [77], del che appunto caleva a'peregrini, e ne stabilirono i termini [78],

(71) Tale essendo l'unica significazione che qui veste cotest'azione, si capisce subito doversi nel *fr.* 1. pr. D. *de Public.* (6. 2) cancellar le parole: *non a domino*.
(72) *Fr.* 6. D. *de Public.* (6. 2), *fr.* 28. D. *de noxal. act.* (9. 4), *fr.* 18. § 15. D. *de damno infecto* (39. 2).
(73) *Fr.* 12. § 2. D. *de Public.* (6. 2).
(74) *Fr.* 16. 17. D. *de Public.* (6. 2).
(75) GAJUS II. 46.
(76) Si ha un'allusione alla *longa possessio* nel sedicente SIMPLICIUS ed Goes. p. 80; AGGENUS *de controv.* p. 68.
(77) *Fr.* 9. D. *de div. tempor. præscr.* (44. 3).
(78) *Fr.* 76. § 1. D. *de contr. emt.* (18. 1).

cioè dieci e vent'anni rispettivamente [79]. Giustiniano infine prescrisse (A. 528), che il possessore in buona fede, trascorsi dieci o vent'anni, avesse non solamente un'eccezione, ma una vera vindicazione; la quale innovazione, se si considera che già esisteva l'azion publiciana, non fu gran fatto di rilievo [80]. Egli pareggiò così negli effetti la prescrizione e l'usucapione. Restavano però ancora due differenze: la prima, che negli immobili la prescrizione si applicava ai fondi provinciali, l'usucapione ai fondi italici; la seconda, che nei mobili i peregrini avevano unicamente la lunga prescrizione antedetta, e i cittadini l'usucapione di un anno. Se non che in pratica l'usucapione quanto agl'immobili quasi non aveva più senso, perchè, stando l'Italia in mano de'Barbari, l'impero romano non contava suolo italico altro da quello delle città insignite del giure italico artificiale. Vuota poi realmente di senso era, quanto ai mobili, la prescrizione, giacchè fin da Caracalla quasi tutti gli abitanti del romano impero erano cittadini. Perciò in ultimo Giustiniano pareggiò (A. 531) il tutto, erigendo cioè in legge per tutto l'impero l'usucapione di dieci o vent'anni, e di tre pei mobili [81]. Del resto, oltre la prescrizione di dieci o vent'anni, ne era ammessa in sussidio un'altra di trenta o quaranta [82], a cui Giustiniano associò, ove il possessore avesse preso la cosa in buona fede, un diritto d'azione [83].

(79) Paul. *sent. rec.* v. 2. § 3. 4. 5.
(80) *C.* 8. pr. C. *de præscr. XXX annor.* (7. 39).
(81) *C. un.* C. *de usucap. transform.* (7. 31), pr. J. *de usucap.* (2. 6).
(82) Symmach. *epist.* v. 54; Procop. *Vandal.* I. 3, c. 2. C. Th. *de long. temp. præscr.* (4. 13), c. 2. 3. 4. C. *de præscr. XXX annor.* (7. 39).
(83) *C.* 8. § 1. C. *de præscr. XXX annor.* (7. 39).

543. Degno di special ricordo è l'acquisto della proprietà per mandatario. Nessun acquisto poteva farsi per mezzo di persona libera [84], e invece lo si faceva implicitamente per mezzo di persona soggetta [85]. Riguardo però agli schiavi di cui s'avesse un condominio, un giusto possesso o l'usufrutto, correvano varie distinzioni [86]. Nel diritto moderno la suddetta regola vigeva tuttora; ma essendosi permesso per la comodità pratica di acquistare il possesso col mezzo di persona libera, si venne in appresso a permettere di acquistare nello stesso modo la proprietà [87].

544. Fra i modi con cui si perdeva la proprietà, torna di special momento quello per mano del nemico. Gli stabili però, gli schiavi e certe altre cose, dove venissero a rientrare nella signoria romana, ricadevano per posliminio al proprietario anteriore [88], salvo che altri già avesse riscattato la cosa, nel qual caso doveva prima restituirsene il prezzo [89].

545. Per ciò che riguarda i diritti compresi nella proprietà, il diritto romano intendeva per questa un pieno ed assoluto diritto di disposizione sulla cosa. Eranvi tuttavia certe restrizioni dettate dalla legge me-

(84) Gajus II. 95.

(85) Gajus II. 86. 87. 89. 90. 96; Ulpian. XIX. 18. 19, pr. § 1. 2. 3. J. *per quas person.* (2. 9).

(86) Gajus II. 88. 91-94. III. 164-67; Ulpian. XIX. 20. 21, § 4. J. *per quas person.* (2. 9).

(87) Paul. *sent. rec.* V. 2. § 2, *fr.* 42. § 1. D. *de acquir. possess.* (41. 2), *c.* 1. C. *de acquir. possess.* (7. 32), § 5. J. *per quas person.* (2. 9). L'ultimo passo deduce questa proposizione dalla costituzione anteriore di Severo. Ma ell'è più antica. Vedi anche Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* X. 112.

(88) Cic. *Topic.* 9; Festus *v. Postliminium*, *fr*, 2. 3. 19. 20. 30. D. *de captiv.* (49. 15), *c.* 10. 12. 19. C. *de postlim.* (8. 51).

(89) *Fr.* 12. § 7. 8. D. *de captiv.* (49. 15).

desima, e stabilite in considerazione del pubblico bene e del buon vicinato. Tali sono le prescrizioni su la distanza[90], l'altezza[91], il cambiamento[92] e ristauro[93] degli edifizi della città, la distanza di sessanta piedi dagli edifizi del vicino voluta nel collocamento di un sepolcro dalle dodici tavole[94], il disposto di esse tavole contro la vindicazione del materiale collocato nell'altrui casa o vigna[95], e i decreti senatorii ed imperiali contro la vendita di case in demolizione[96] e lo sfacimento degli ornati di marmo[97]. I vicini inoltre dovevano fare i loro piantamenti in su' confini per l'altezza non più di quindici piedi[98], abbattere a semplice richiesta una pianta sporgente sopra un edifizio[99], e tollerare scambievolmente un dì per l'altro la

(90) Festus *v. Ambitus*, Varro *de ling. lat.* v. 22; Tacit. *ann.* xv. 43, *fr.* 14. D. *de serv. præd. urb.* (8. 2), c. 9. 11. 12. § 1. 2. 3. 4. c. 13. C. *de ædif. priv.* (8. 10), *nov.* Just. 63.

(91) Strabo v. 3. § 7. p. 235. Casaub., Sueton. *Octav.* 89, Tacit. *ann.* xv. 43; Aurel. Victor *epit.* 27, *fr.* 1. § 17. D. *de novi oper. nunc.* (39. 1), c. 1. 12. § 2. 3. c. 13. C. *de ædif. priv.* (8. 10).

(92) C. 3. 12. § 1. C. *de ædif. priv.* (8. 10).

(93) Sueton. *Vespas.* 8; Aurel. Victor *epit.* 18, *fr.* 7. D. *de off. præsid.* (1. 18), *fr.* 46. D. *de damno infect.* (39. 2), c. 8. C. *de ædific. priv.* (8. 10).

(94) Cic. *de legib.* ii. 24, *fr.* 3. § 1. D. *de mortuo infer.* (11. 8). In questo novero cade anche il *fr.* 13. D. *fin. regund.* (10. 1). Ma questo passo non accenna ad un precetto legale, sibbene a ciò che fosse per privato accordo stabilito in iscritto. Vedi Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* x. 385.

(95) Festus *v. Tignum*, *fr.* 1. 2. D. *de tigno iuncto* (47. 3).

(96) *Fr.* 52. D. *de contr. emt.* (18. 1), *fr.* 48. D. *de damno infect.* (39. 2), c. 2. C. *de ædif. priv.* (8. 10).

(97) *Fr.* 41. § 1-13. D. *de legat.* i. (30), c. 2. 6. 7. C. *de ædif. priv.* (8. 10). I due punti sono diligentemente trattati da Dirksen, *Scriptores historiæ Augustæ* p. 146-169.

(98) *Fr.* 1. § 7. D. *de arbor. cædend.* (43. 27), Paul. *sent. rec.* v. 6. § 13, c. 1. C. *de interd.* (8. 1).

(99) *Fr.* 1. pr. § 1-6. D. *de arbor. cædend.* (43. 27).

raccolta dei frutti caduti sui rispettivi fondi[100]. Ancora, la proprietà fondiaria era gravata a pro degli acquedotti[101] e delle vie pubbliche di varii pesi, come quando in un territorio limitato un limite assegnato a via pubblica urtava in una villa[102], o passava sopra un terreno inservibile alla via[103].

546. Del rimanente i principii della proprietà privata non erano a certe cose applicabili. Nel novero delle quali cadono per le prime quelle la cui natura fisica non consente un diritto esclusivo, come l'aria, il mare[104], e quelle che lo Stato lasciava ad uso pubblico e generale[105], le quali erano a tal fine tutelate con varii interdetti, come le piazze e vie pubbliche[106], i fiumi pubblici e le rive[107]. Tali erano ancora le cose sacre e religiose[108], e simili a queste le santificate[109]. Finalmente vi erano cose soggette bensì al diritto dell'uomo, ma non dell'uom privato: e tali si erano

(100) Plinius *hist. nat.* xvi. 6 (5), *fr. un.* D. *de glande leg.* (43. 28).

(101) Frontin. *de acquæ duct.* 125. 127.

(102) Siculus Flaccus *de condit. agror.* p. 20, Hyginus *de condit. agror.* p. 209.

(103) Frontinus *de limit.* p. 43; Aggenus *in Frontin.* p. 75.

(104) *Fr.* 2. D. *de divis. rer.* (1. 8), *pr.* § 1. J. *de rer. divis.* (2. 1).

(105) *Fr.* 2. § 1. *fr.* 3. 4. 5. D. *de divis. rer.* (1. 8), *fr.* 3. 4. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8), § 2-5. J. *de rer. divis.* (2. 1).

(106) *Fr.* 1. D. *de locis et itiner. publ.* (43. 7). *fr.* 1. 2. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8), *fr.* 1. D. *de via publ.* (43. 11).

(107) Gajus iv. 159, *fr.* 1. 2. 3. D. *de flumin.* (43. 12), *fr.* 1. D. *ne quid in flumine* (43. 13), *fr.* 1. D. *ut in flumine* (43. 14), *fr.* 1. D. *de ripa* (43. 15).

(108) Gajus ii. 2-7. 9, *fr.* 1. pr. *fr.* 6. § 2. D. *de divis. rer.* (1. 8), § 7. J. *de rer. divis.* (2. 1). Vedi § 146. 147. 296.

(109) Gajus ii. 8; Festus *v. Religiosus*, *fr.* 1. pr. *fr.* 6. § 2. *fr.* 8. 9. § 3. *fr.* 11. D. *de divis. rer.* (1. 8), § 10 J. *de rer. divis.* (2. 1).

quelle del popolo romano, e i beni dei Comuni [110]. Naturalmente tutte queste cose [111], i luoghi consacrati e religiosi [112], l'agro publico [113], e le vie pubbliche [114], erano pur sottratte all'usucapione.

547. I confini di poderi attigui erano retti da una legislazione tutta propria. Una disposizione delle dodici tavole [115], presa per base dalla legge Mamilia [116], li sottrasse intieramente per la larghezza di cinque piedi, due e mezzo per parte, all'usucapione, e le quistioni indi nascenti sottopose unicamente alle regole della confinazione. Questo diritto venne pure esteso alle provincie, e in conseguenza negata quivi in fatto di confine la prescrizione del tempo [117]. Del rimanente lo spazio di confine stava in proprietà del privato, il quale non di rado lo faceva servir di sentiero [118], potendo però anche ararlo [119] o farvi piantamenti [120]. La disposizione dei cinque piedi era del tutto indipendente dal sistema della limitazione. Ella si applicava dovunque esisteva un confine o ne sorgeva un nuovo; in ter-

(110) Gajus II. 10. 11. *fr.* 1. pr. *fr.* 6. § 1. D. *de divis. rer.* (1. 8), § 6. J. *de rer. divis.* (2. 1).
(111) *Fr.* 9. D. *de usurpat.* (41. 3).
(112) Gajus II. 48; Cic. *de legib.* II. 24, *Declam. de harusp. resp.* 14, Aggenus *de controv. agror.* (ed. Goes. p. 73. 74).
(113) Aggenus *de controv. agror.* p. 69, Seneca *epist.* 79.
(114) *Fr.* 2. D. *de via publica* (43. 11).
(115) Cic. *de legib.* I. 21.
(116) Cic. *de legib.* I. 21; Frontinus *de controv.* ed. Goes. p. 40; Hyginus *de limit.* p. 152, Siculus Flaccus p. 8; Aggenus *de controv.* p. 53; Simplicius p. 83.
(117) A ciò si appoggia la costituzione di Valentiniano dell'anno 365 riferita nella *consultatio veter. iuriscons. c.* 9.
(118) Hyginus *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 159), Aggenus *de controv.* p. 53.
(119) Solo in alcuni paesi venne questa facoltà limitata, Siculus Flaccus p. 13. 14.
(120) Sic. Flacc. p. 8.

reno sì vago che assegnato e limitato[121]; e in questo, sia che due fondi vicinassero nell'interno d'una centuria[122], sia che un limite lineare costituisse in pari tempo casualmente il confine privato, salvo che in quest'ultimo caso i cinque piedi si lasciavano visibili a guisa di ciglioni, cosa altrimenti non necessaria[123]. Ma i limiti d'altro genere, che servivano a vie pubbliche[124], andavano naturalmente soggetti, anche quando formavano confini, a regola diversa.

CAPITOLO XI.

DIRITTI SULLA COSA ALTRUI.

548. I bisogni della vita civile pongono la persona a contatto non solamente con altre persone, ma eziandio colle cose di un altro. In questo secondo caso può parer utile che si conferisca ad un rapporto giuridico un tal carattere di fissità, per cui lo si consideri come rivolto direttamente alla cosa altrui, e così appiccicato in certo modo alla cosa medesima e passante con essa indipendentemente dal commercio del proprietario ad un terzo qualunque. Quattro di siffatti rapporti

(121) Simplicius p. 79, Frontin. *de controv.* p. 40; Siculus Flaccus p. 8.
(122) Vedi § 252.
(123) Vedi § 250, nota 34. In questa conformità convien modificare l'osservazione in complesso giusta di Rudorff nella Savigny *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss.* x. 362. A quel caso si applica fors' anche la restrizione di cui nella nota 119.
(124) Vedi § 250.

vennero dal diritto romano cinti di un carattere reale, e sono: le servitù, certe pattuizioni reali, il diritto di superficie e il diritto di pegno; del quale ultimo si dirà in proposito dei mezzi di assicurazione delle obbligazioni.

549. La giurisprudenza romana distingueva due specie di servitù, le prediali e le personali[1]. Le prime sono quelle imposte ad un predio a vantaggio di un altro predio. Esse costituiscono una restrizione della proprietà, poichè il proprietario del predio serviente dee tollerare o lasciar di fare sovr' esso qualche cosa, che essendo proprietario assoluto, potrebbe interdire o fare. Le loro forme possono variare indefinitamente; i Romani le dividevano in *servitutes prædiorum urbanorum* e *rusticorum*, secondo che il predio dominante era un edifizio o un sito piano[2]. Entrambe derivano da bisogni di vicinato, onde ne occorrevano fin dai primi tempi[3]. Le servitù personali sono quelle imposte ad una cosa unicamente in pro di una persona. La giurisprudenza romana ne creò quattro specie, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e il diritto ai servigi dello schiavo altrui[4]. La prossecuzione di un diritto di servitù, ed a vicenda la negazione di esso erano materia di un'azione riflettente direttamente la cosa.

550. La costituzione delle servitù era governata da principî analoghi a quelli sulla traslazione della pro-

(1) *Fr.* 1. D. *de servit.* (8. 1).

(2) *Fr.* 2. 3. D. *de servit. præd. urban.* (8. 2), *fr.* 1. 2. D. *de servit. præd. rust.* (8. 3), GAJUS *epit.* II. 1. § 3, pr. § 1. 2. 3. J. *de servit.* (2. 3).

(3) CIC. *pro Cæcina* 26, *de orat.* I. 38. 39.

(4) *Dig.* lib. VII. tit. 1. 7. 8, *Inst.* lib. II. tit. 4. 5.

prietà, colla sola differenza che essendo elle cose incorporali non occorreva tradizione [6]. Quinci nasceva, che le servitù rustiche, le quali appartenevano alle *res mancipi*, non si potevano costituire che per mancipazione o per *in iure cessio*, mentre per le altre siccome *res nec mancipi* bastava l'*in iure cessio* [7]. Ma questo diritto venne ampliato in due sensi. E primieramente bene spesso accadeva, che una persona concedesse ad un'altra per convenzione una servitù e gliela lasciasse esercitare fattiziamente senza mancipazione od *in iure cessio*. Questo caso poteva paragonarsi a quello in cui si fosse tradita semplicemente una *res mancipi* e così fatta di proprietà naturale del ricevente. Il perchè la giurisprudenza tenne l'esercizio dell'una e la permissione dell'altra in conto di tradizione [8], e sotto a questo punto di vista fu data a cotal servitù la tutela del pretore [9], cioè l'uso dell'azion Publiciana e degli interdetti [10]. Secondamente, quando occorreva d'imporre una servitù sopra un fondo provinciale, non si sapeva come fare per non essere questo suscettivo nè di mancipazione nè d'*in iure cessio*. Or qui si convenne che le servitù si costituissero per semplici pattui-

(5) GAJUS IV. 3.
(6) GAJUS II. 19. 28, *fr.* 3. § 2. D. *de act. emti* (19. 1).
(7) GAJUS II. 29. 30. 32; ULPIAN. XIX. 11, *fragm. Vatic.* 45.
(8) *Fr.* 20. D. *de servit.* (8. 1), *fr.* 1. § 2. D. *de servit. præd. rust.* (8. 3), *fr.* 25. § 7. D. *de usufr.* (7. 1), *fr.* 3. D. *si usufr. petat.* (7. 6).
(9) *Fragm. Vatic.* § 61, *fr.* 1. pr. D. *quib. mod. usufr.* (7. 4), *fr.* 9. § 1. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9), *fr.* 1. § 2. D. *de servit. præd. rust.* (8. 3).
(10) *Fr.* 11. § 1. D. *de Public.* (6. 2), *fr.* 20. D. *de servit.* (8. 1), *fr.* 16. D. *si servit. vind.* (8. 5), *fr.* 1. § 9. D. *de superfic.* (43. 18), *fr.* 1. § 1. 2. D. *de itin.* (43. 19).

zioni (*pactiones*) e stipulazioni[11]. Giustiniano, proseguendo nelle sue mutazioni sulla proprietà, innalzò questo diritto provinciale a regola generale[12], per modo che anche da questo canto cessò l'uso della mancipazione e dell'*in iure cessio*. Con ciò anche l'azione publiciana si rese inutile nel maggior numero di casi; e solo ritenne la propria importanza nel caso d'acquisto d'una servitù dal non proprietario seguito in buona fede[13].

551. Le servitù si costituivano pure, specialmente in fatto di usufrutto, per deduzione (*deductio*), cioè quando il proprietario, nell'alienare la cosa, riservava l'usufrutto ad un altro. Una tal riserva però non operava deduzione salvo quando la traslazione della proprietà succedeva per mancipazione od *in iure cessio*, dove perciò essa riserva stava inchiusa nella forma civile dell'atto principale[14]. Nella tradizione ell'era senza effetto, e ciò ad onta che si trattasse di *res nec mancipi*, dove nondimeno la tradizione bastava a trasferir dominio quiritario[15]. Nel diritto Giustinianeo anche questa restrizione fu naturalmente abolita[16]. Le servitù inoltre si stabilivano per legati[17]. I lasciti di un usufrutto sul patrimonio intero sono di buon'ora

(11) Gajus II. 31.

(12) § 4. J. *de servit.* (2. 3), § 1. J. *de usufr.* (2. 4), *fr.* 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1).

(13) Ed a questo solo caso convien riferire il *fr.* 11. § 1. D. *de Public.* (6. 2) menzionato nella nota 10, del quale in origine altro era il senso.

(14) Gajus II. 33, *fragm. Vatic.* § 47. 50. 51. Vedi Dirksen *Vermischte Schriften* I. 110.

(15) *Fragm. Vatic.* § 47.

(16) Perciò quivi è detto *tradere* dove prima stava *mancipare*, *fragm. Vatic.* § 80, *fr.* 3. § 1. D. *de usufr. accresc.* (7. 2).

(17) *Fr.* 3. pr. *fr.* 6. pr. D. *de usufr.* (7. 1), § 4. J. *de servit.* (2. 3), § 1. J. *de usufr.* (2. 4).

menzionati [18], ed essi dettero motivo ad un senatoconsulto di permettere in certo modo l'usufrutto anco di cose consutili per uso [19]. Un altro modo di costituzione delle servitù era l'aggiudicazione nelle azioni a divisione [20], e il loro diviso nel riparto e assegnazione delle terre pubbliche. Imperocchè in quest'operazione non solo si mantenevano fedelmente le ragioni agrarie preesistenti [21], ma si dava ai fondi internati nelle centurie per modo di servitù il passaggio e la condotta dell'acqua pel fondo vicino [22]. L'usucapione non era nelle servitù titolo legittimo di acquisto [23], ed è anzi menzionata una legge Scribonia, che dee averla tolta [24]. Non pertanto la giurisprudenza tenne per titolo giuridico, almeno nelle servitù prediali, l'uso avutone per lungo tempo pubblicamente, e conferì in proposito un diritto d'azione [25].

552. La necessità di dare ai patti un carattere reale sorgeva allorchè l'affittamento essendo a lungo termine l'interesse dello stesso proprietario esige che il fittaiuolo non sia molestato da terzi per la rappresentazione della cosa, e gli sia questa lasciata.

(18) Cic. *pro Cæcina* 4, *Topic.* 3.
(19) Ulpian xxiv. 26. 27, *fr.* 1-5. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5), § 2. J. *de usufr.* (2. 4).
(20) *Fr* 6. § 1. D. *de usufr.* (7. 1), *fr.* 22. § 3. D. *famil. herc.* (10. 2), *fragm. Vatic.* § 47.
(21) Siculus Flaccus *de condit. agror.* p. 18, Hyginus *de condit. agror.* p. 208.
(22) Sicul. Flaccus *de condit. agror.* p. 9. 10. 14.
(23) *Fr.* 14. pr. D. *de servit.* (8, 1), *fr.* 43. § 1. D. *de acq. rer. dom.* (41. 1). Nè è contrario Paul. *sent. rec.* i. 17. § 2.
(24) *Fr.* 4. § 29. D. *de usurp.* (41. 3). Quanto all'età ed all'estensione di questa legge nulla si può saper di certo.
(25) *Fr.* 10. D. *si servit. vind.* (8. 5), *fr.* 1. § 23. D. *de aqua et aq. pluv. arc.* (39. 3), *fr.* 5. § 3. D. *de itin.* (43. 19), c. 1. 2. C. *de servit.* (3. 34).

Così si fece per primo nelle possessioni di agro pubblico [26]. A tutela delle quali non solamente v'erano interdetti [27], ma eziandio una data azione, che più non conosciamo. A questa norma si conformava il diritto in fatto di terreni dei collegi sacerdotali [28] e delle comunità civiche [29], i quali si locavano a tempo od in perpetuo contro un canone. Quivi il locatario durante il suo diritto aveva a guisa di un proprietario un'azione contro ogni possessore, e contro la stessa comunità [30]. Nei beni in ispecie a locazione perpetua, che più tardi si chiamarono di preferenza agri vettigali [31], il diritto del fittaiuolo s'assomigliava quasi alla proprietà, e fra i giureconsulti si quistionava, se codesta locazione non fosse meglio chiamata vendita [32]. Il locatario acquistava la proprietà sui frutti, non per percezione, ma per semplice separazione [33]; il fondo gli era contato come possesso [34]; ei lo poteva alienare [35],

(26) Vedi in proposito § 16. 35. 36. 37. 166. 222. 309.

(27) Specialmente l'*interdictum de loco publico fruendo*, *Dig.* XLIII. 9.

(28) Vedi § 146. 286.

(29) Vedi § 289.

(30) *Fr.* 1. § 1. *fr.* 2. 3. D. *si ager vectig.* (6. 3). L'azione si chiamava *actio vectigalis*, *fr.* 15. § 26. D. *de damno inf.* (39. 2).

(31) *Fr.* 1. pr. D. *si ager. vectig.* (6. 3). In addietro si chiamavano anche *agri vectigales* i fondi dati in affitto temporario, Hyginus *de condit. agror.* p. 205. Da questi e da quelli convien però distinguere i beni dei privati nelle provincie, i quali si chiamavano pure *agri vectigales* dall'imposta prediale che vi gravitava sopra (libro I. cap. XXXVII. nota 49), e di cui qui non si parla.

(32) Gajus III. 145.

(33) *Fr.* 25. § 1. D. *de usur.* (22. 1).

(34) *Fr.* 15. § 1. D. *qui satisdare* (2. 8).

(35) Plinius *epist.* VII. 18.

oppignorare[36], farne materia di un lascito[37], muovere azioni di servitù, di confinazione ed altre appartenenti alla proprietà fondiaria[38]; e lui morto, il fondo si considerava come parte del suo retaggio[39]. Se non che il diritto a lui conferito e per lui ad un altro era sempre subordinato all'esatto pagamento del canone[40], e per esso anche il fondo era indivisibile[41]. La locazione perpetua s'assomigliava perfettamente all'enfiteusi[42]. Questa dopo Costantino s'usava specialmente nelle terre patrimoniali dell'impero[43], che nelle provincie facevano parte un tempo dell'agro pubblico[44]; e Zenone fu quello che meglio ne determinò la natura[45].

333. Finalmente il diritto di superficie concerneva il caso in cui taluno avesse a lungo termine od a perpetuità, contro un solario da pagarsi una volta tanto od annualmente, preso in affitto per un dato uso, segnatamente per costrursi una casa, l'area dell'altrui fondo. L'editto pretoriano, onde compiere una lacuna del giure civile, trovò quivi un interdetto

(36) *Fr.* 16. § 2. D. *de pignor. act.* (13. 7), *fr.* 31. D. *de pignor.* (20. 1).
(37) *Fr.* 71. § 5. 6. D. *de legat.* (30), *fr.* 219. D. *de verb. sign.* (50. 16).
(38) *Fr.* 16. D. *de servit.* (8. 1), *fr.* 4. § 9. D. *fin. reg.* (10. 1), *fr.* 23. § 1. D. *de aqua et aq. pluv.* (39. 3).
(39) *Fr.* 10. D. *famil. herc.* (10. 2).
(40) Gajus III. 145, c. 1. C. *de admin. rer. publ.* (11. 30), *fr.* 31. D. *de pignor.* (20. 1).
(41) *Fr.* 7. pr. D. *communi divid.* (10. 3).
(42) *Rubr. tit.* D. *si ager vectig.* (6. 3), *fr.* 15. § 1. D. *qui satisd.* (2. 8).
(43) Gothofr. *Parat. ad C. Th.* x. 3.
(44) Vedi § 309. 313. 391.
(45) *C.* 1. 2. 3. C. *de iure emphyt.* (4. 66), § 3. J. *de locat.* (3. 24), *nov.* 7. c. 3. 7, *nov.* 120. *c.* 1. 5. 6. 8. 11.

ed un'azione reale[46]. Il diritto di superficie occorreva certo di spesso, particolarmente nelle terre pubbliche; ma pel rimanente noi altro non sappiamo delle sue vicende[47].

CAPITOLO XII.

OBBLIGAZIONI E AZIONI.

554. Il bisogno o l'interesse ingenera di per sè fra gli uomini uno scambio di forze personali, per cui due persone, in sè libere e indipendenti, vanno tal fiata avvinte scambievolmente a certe prestazioni. Una simile relazione è un'obbligazione[1]. Di fronte a lei stassi l'idea di soluzione, la quale dee in certo modo trovarsi a fianco di qualunque obbligazione; poichè di colui che presta indefinitamente senza mai andar sciolto, non si può dire ch' egli è obbligato, sibbene che serve. Senonchè, a poter dire di uno ch'egli è realmente obbligato, fa d'uopo che lo si possa forzare all' adempimento; poichè ove non dipenda che dal proprio volere, giuridicamente non è vincolato, ma libero. La possibilità però della coazione

(46) *Fr.* 1. 2. D. *de superfic.* (43. 18), *fr.* 73. § 1. *fr.* 74. 75. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 3. § 7. D. *uti possid.* (43. 17), *fr.* 16. § 2. D. *de pignor.* (20. 1).

(47) Vedi in proposito Rudorff *zur Geschichte der Superficies* (Savigny *Zeitschrift* XI. 219), Niegolewski *de iure superficiario.* Bonnæ 1845. 8.

(1) *Fr.* 3. pr. D. *de oblig.* (44. 7).

non è qui ingenita, come nelle relazioni di podestà, sibbene abbisogna dell' intervento del maestrato. E questo dipende dal diritto positivo di ciascuno Stato[2], al quale spetta di stabilire, se un diritto di agire, un'azione in questo senso, debba o non aver luogo[3]. Obbligazione adunque e azione sono due concetti sì strettamente connessi, che ove una relazione tutto abbia in comune coll'obbligazione fuor dell'azionabilità, non si può dire giuridicamente che v'abbia un *creditore* o un *debitore*[4]. Hannovi tuttavia, moralmente considerate, certe relazioni cui si può anche dare, benchè prive di un diritto coattivo esterno, il nome di obbligazione, in quanto la coscienza stessa del debitore vien considerata come elemento coagente. I Romani chiamavano cotesto caso un'obbligazione naturale per contrapposto alla civile azionabile[5]. In origine queste obbligazioni naturali non erano al certo producibili in giudizio. Ma col progredire della giurisprudenza e dei costumi vennero anche ad esse attribuiti effetti giuridici, consistenti propriamente, non in un diritto d'azione, ma in eccezioni pretoriane[6]. E questo principio fu dai giureconsulti, in ordine specialmente alle obbligazioni degli schiavi, dei figli di casa e dei pupilli[7], svolto ed esteso con sottilissimo artificio.

(2) *Pr.* J. *de oblig.* (3. 13).
(3) *Fr.* 51. D. *de oblig.* (44. 7).
(4) *Fr.* 41. D. *de pecul.* (15. 1), *fr.* 16. § 4. D. *de fideiuss.* (46. 3), *fr.* 10. 108. D. *de verb. sign.* (50. 16).
(5) *Fr.* 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2), *fr.* 84. § 1. D. *de reg. iur.* (50. 17).
(6) *Fr.* 19. pr. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 7. 4. D. *de pact.* (2. 14).
(7) Vedi § 445. 448. 514. 524.

553. La prestazione, cui mira l'obbligazione, debb'essere positiva [8]. L'obbligo d'intralasciar qualche cosa non è propriamente un' obbligazione, perchè fin che dura l'omissione l'obbligato si trova in uno stato perenne di adempimento, senza tuttavia essere sciolto. Questa è dunque a rigor di termini una relazione tutta particolare [9], la quale se vien talvolta designata col nome di obbligazione, vuolsene solo accagionare la povertà della lingua [10]. La vera obbligazione quivi non interviene che quando si ha contraffatto all' obbligo assunto, essendo anche in tal caso data un'azione, cioè agl'interessi od alla pena divisata [11]. I Romani riducevano tutte le prestazioni positive a due capi, al dare ed al fare [12]. Dare chiamavano non una qualunque consegna di cosa, ma

(8) *Fr.* 3. pr. D. *de oblig.* (44. 7), pr. J. *de verb. obl.* (3. 15).

(9) Questo punto doveva pur essere messo in rilievo più del consueto nelle opere sistematiche ed essere notato fin dalla parte generale nella classificazione dei rapporti giuridici.

(10) *Fr.* 13. pr. D. *comm. prœd.* (8. 4), *fr.* 38. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(11) *Fr.* 6. 7. D. *de serv. export.* (18. 7), *fr.* 2. § 5. 6. *fr.* 85. § 3. D. *de verb. obl.* (45. 1), § 7. J. *de verb. obl.* (3. 15). Egli è come nei delitti in cui l'obbligazione e l'azione non nascono che colla perpetrazione effettiva dell'atto ingiusto. Prima di ciò non si potrebbe dire per mo'd'esempio: gli uomini sono vicendevolmente obbligati di non danneggiarsi.

(12) *Dare, facere, fr.* 18. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4), Gajus IV. 60. 131. 136, § 1. J. *de action.* (4. 6). Talvolta si dice anche: *dare, facere, prœstare*, Gajus IV. 2, *fr.* 13. § 6. D. *de act. emti* (19. 1), *fr.* 3. pr. D. *de oblig.* (44.7). Qui il *prœstare* allude ai casi, in cui si dee prestar l'interesse od una pena dell'azione violatrice del contratto o ingiusta che si è commesso. Questa distinzione però non ha pel nostro assunto altra importanza, avvegnachè ogni *prœstare* conviene in fin dei conti che riesca a un *dare* o *facere*. Analoga a questa, salvochè più ristretta, è la spiegazione di Savigny parte v. *Beilage System* XIV. n. XXVIII. XXIX, il quale applica il *prœstare* alle obbligazioni per delitto.

quella sola in cui chi dà ha e trasmette il dominio della cosa al ricevente [13]. Fare dicevano ogni altro atto, che non è dare. Distinguevano inoltre nelle obbligazioni il Certo, quando cioè l'oggetto prestando è perfettamente determinato, e l'Incerto quando cioè manca una simile qualità [14]. All'incerto appartenevano fra le altre cose le incorporee [15], e le obbligazioni a fare o non fare [16]; le quali ultime si trasformavano coll'aggiunta di una clausola penale in un certo [17].

556. La giurisprudenza romana, ponendo mente all'origine delle obbligazioni, le ridusse tutte a tre classi: de' contratti, de' delitti e di altre varie contingenze [18]. Ma come e quando le singole obbligazioni siansi rese azionabili, è cosa molto oscura. L'azionabilità dei negozii ordinarii della vita civile si fondava al certo nell'antichissimo diritto consuetudinario; poichè le disposizioni date in proposito con leggi positive non accennano che ai contratti formali ed ai delitti. Questa cerchia però di obbligazioni azionabili fu di molto ampliata dall'editto, il quale instituì azioni per molti casi nuovi al giure civile [19]. La giurisprudenza tenne ancor essa una via

(13) Gajus II. 201. IV. 4, *fr.* 75. § 10. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 167. pr. D. *de regul. iur.* (50. 17), Theophil. III. 17. § 3.

(14) *Fr* 6. D. *de reb. cred.* (12. 1), *fr.* 74 § 1. *fr.* 75 pr. D. *de verb. obl.* (45. 1)

(15) *Fr.* 75. § 3. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(16) *Fr.* 68. 75. § 7. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(17) *Fr.* 68. 71. 137. § 7. D. *de verb. obl.* (45. 1), § 7. J. *de verb. obl.* (3. 15).

(18) Gajus III. 88, *fr.* 1. 4. 5. D. *de obl. et act.* (44. 7), § 2. J. *de obl.* (3. 13).

(19) *Fr.* 11. D. *præscr. verb.* (19. 5). Vedi per maggiori schiarimenti § 558 *infra*.

analoga; poichè sorretta dal crescente incivilimento e dalla notizia sempre più chiara del diritto naturale, inferì da questo l'azionabilità di pretese non contemplate nè dal diritto civile, nè dagli editti pretoriani. Così ebbe vita segnatamente il grande e largo principio, secondo il quale puossi agire a ripetizione del pagato o data ad un altro per non giusta causa o per errore o per non seguito corrispettivo [20]; così ancora ebbero vita le azioni sovra parecchie relazioni fattizie, le quali benchè non entrassero nei consueti casi nominati, l'equità tuttavia ed intime ragioni suggerivano che si desser loro effetti obbligatorii [21]. Per la qual cosa il fonte donde scaturiva l'azionabilità delle obbligazioni era generalmente il giure civile o il pretoriano, e conforme a ciò le obbligazioni si dividevano in civili e pretoriane [22]. La stessa origine aveva la distinzione delle azioni in civili e pretoriane [23]. Le obbligazioni civili erano inoltre un portato o del diritto civile esclusivamente, o del comun diritto naturale in questo ricettato [24]. Ma le obbligazioni pretoriane avevano tutte,

(20) *Fr.* 6. D. *de condict. ob turp. caus.* (12. 5), *fr.* 25. D. *rer. amot.* (25. 2), *fr.* 25. D. *præscr. verb.* (19. 5), *fr.* 15. pr. *fr.* 65. § 4. *fr.* 66. D. *de cond. indeb.* (12. 6).

(21) Vedine esempi § 561. nota 54 *infra*.

(22) *Fr.* 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2), *fr.* 8. § 4. D. *de acceptil.* (46. 4), § 1. J. *de oblig.* (3. 13).

(23) *Fr.* 1. § 8. D. *de pecun. const.* (13. 5), *fr.* 25. § 2. D. *de obl.* (44. 7), § 3-13. J. *de action.* (4. 6). La sostanza adunque delle *actiones honorariæ* è che l'azionabilità derivava dall'editto, e non già che l'editto divisasse per esse le formole d'azione; imperocchè di queste se ne dovevano trovar nell'editto per entrambe le specie d'azioni. Così osserva fondatamente Savigny *System* v. § 213.

(24) *Fr.* 5. D. *de instit.* (1. 1), § 1. J. *de oblig.* (3. 13). Questa recepzione però non deve essere intesa nel senso di un atto formale, ma come avvenuta inscientemente per opera

giusta l'indole del diritto pretoriano, un fondamento naturale.

557. Le forme d'azione relative alle obbligazioni non avevano ne'primi tempi alcuna singolarità, usandosi all'uopo le forme generali di processura, cioè la *legis actio sacramento* o *per iudicis postulationem* [25]. Ma in ordine alle azioni a *dare* si ordinò di buon'ora un procedimento speciale, che da una denunciazione a tal effetto occorrente si chiamò *legis actio per condictionem* [26]. Questa fu per primo introdotta dalla legge Silia nelle azioni a *certa pecunia*, ed estesa colla legge Calpurnia alle azioni a *dare* di una comunque *certa res* [27]. Quanto alle azioni aventi per obbietto un *facere*, le due forme, la *legis actio sacramento* e *per iudicis postulationem*, rimasero ancora per lunga pezza in vigore.

558. La cosa mutò intieramente, allorchè alle azioni di legge sottentrò la processura per formole. Anche il pretore divisò allora nell'editto per le obbligazioni spessissimo occorrenti nella vita civile e già riconosciute universalmente per azionabili le formole d'azione correlative; così per le azioni di commodato, deposito ed altri negozi [28]. Egli diè inoltre azione per certi negozi e relazioni che in addietro non erano peranco occorse nella vita civile, ma di cui un senso di natural diritto e l'equità reclamavano l'azionabilità. In ciò il pretore si aiutò variamente.

pei costumi; del che non si ebbe contezza che dopo la cresciuta riflessione scientifica.

(25) GAJUS IV. 13. 20.

(26) GAJUS IV. 12. 18, FESTUS *v. condictio.*

(27) GAJUS IV. 19. 20.

(28) CIC. *pro Rosc. Com.* 8, GAJUS IV. 11. 33. 46. 47.

Egli estendeva talvolta o per finzione o coll'accennarne il bisogno pratico un'azione già nota a un caso analogo; la quale azione fu detta *actio fictitia* od *utilis* per contrapposto all'*actio directa* o *vulgaris* [29]. Tal altra volta, appoggiandosi a sperimenti già fatti, indicava nell' editto certi casi in cui darebbe sempre azione. Così nacquero le *actiones in factum* pretoriane [30]. Larga e più d'ogni altra rilevante fu l'azione per dolo [31], stabilita pel primo dal pretore C. Aquilio Gallo [32], contemporaneo di Cicerone. Il pretore poteva benanco senza preventiva notificazione di editto dare di botto azione sopra il fatto allegato [33]. La natura processuale delle *actiones in factum* pretoriane si rivelava nella formola che il pretore dopo le proposizioni delle parti presentava al giudice per norma del suo procedere. Ivi, narrato il fatto in questione, il giudice veniva senz' altro assegnato, se quello era vero, a condannare nella somma stanziata nell'editto od altrimenti nell' interesse [34]. Per contro nei negozi

(29) Gajus iv. 37. 38, *fr.* 11. 21. D. *præscr. verb.* (19. 5). Vedi Savigny *System* v. § 215.

(30) *Fr.* 25. § 1. D. *de obl. et act.* (44. 7), Gajus iv. 46. § 8-12. J. *de action.* (4. 6). Ne porgono esempi *fr.* 3. pr. D. *de eo per quem* (2. 10), *fr.* 1. pr. *fr.* 3. § 1. D. *nautæ* (4. 9), *fr.* 1. pr. D. *si mensor* (11. 6), *fr.* 7. pr. *fr.* 15. § 36. *fr.* 17. § 3. D. *de damno infecto* (39. 2).

(31) Cic. *de offic* iii. 14, *de nat. deor.* iii. 30. La *doli exceptio* era già prima stata trovata da Cassio. Vedi in proposito Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* xii. 166.

(32) *Fr.* 1. D. *de dolo malo* (4. 3), *fr.* 16. § 1. D. *præscr. verb.* (19. 5).

(33) Lo provano *fr.* 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 16. § 1. D. *præscr. verb.* (19. 5), *Collat. leg. Mos.* xii. 7. § 8.

(34) Gajus iv. 46. 47. 60. L' identità delle *actiones in factum* colle *formulæ in factum conceptæ* non conosciute prima della scoperta di Gaio è dimostrata da Savigny *System* v. § 216. 217.

già riconosciuti azionabili dal diritto civile, si divisava prima nella formola il nome tecnico del negozio, poi la domanda che secondo quel diritto ne nasceva; e sopra queste basi veniva il giudice assegnato ad esaminare e conoscere [35].

559. Una simile domanda si poteva formulare in due modi: od in un *dare*, se l'oggetto esisteva, od in qualche altra cosa. Nel primo caso l'azione si chiamava tuttora dinunzia (*condictio*) [36], contuttochè questo non fosse più il nome suo proprio, per non vi essere più denunciazione [37]. Quindi allorchè un'obbligazione fondata nel diritto civile era riducibile a un *dare*, poteva essere prosseguita colla dinunzia; che se muoveva da contratto, delitto od altro titolo qualsivoglia, più non cadeva sotto quest'azione [38]. Così segnatamente ogni obbligazione di ragion civile al pagamento di una somma di danaro era suscettiva

(35) Gajus IV. 40. 41. 43. 45. 47.
(36) Gajus IV. 33.
(37) Gajus IV. 18, § 15. J. *de action.* (4. 6), Theophil. IV. 6. § 15.
(38) *Fr.* 9. pr. § 1. 2. 3. D. *si certum pet.* (12. 1), *fr.* 28. § 4. D. *de iureiur.* (12. 2). Ciò è particolarmente confermato dallo scolio di Sfefano al primo passo in *Basilic. lib.* XXIII. *tit.* 1. *leg.* 9. Questo scolio che già venne da me citato nella prima edizione, e con tutto questo passò inosservato, contiene sulla teorica delle dinuncie le seguenti proposizioni. 1. La particolarità delle dinuncie stava unicamente in ciò che l'azione mirava a un *dare*; nè punto importava con qual titolo si agisse. 2. Il compratore non poteva agir per compra con una dinunzia, perchè l'obbligazione del venditore non era un *dare*, ma il solo *tradere* ed *habere licere*. Così dice esplicitamente Teofilo citato da Stefano. 3. La dinunzia tanto meno poteva, come dice lo stesso Teofilo, nascere da una stipulazione avente per obbietto un *facere*, e diretta ad ottenere la prestazione di quest'atto. 4. In questo caso però l'attore poteva estimare il suo interesse in una data somma, e ciò fatto, agire con una dinunzia.

di denunzia, perchè sempre risolvibile in un *dare*[39]. Comunemente a quest'effetto, e quand'erano permesse, si faceva uso delle azioni particolari ai contratti od ai delitti; ond'è che l'applicazione delle dinunzie cadeva là principalmente, dove per titoli generici occorreva un'azione a dare od a restituire, e la giurisprudenza ne usava pure a tal riguardo in varie maniere[40]. Nel che la loro applicazione venne grandemente ampliata. Il vero *dare* infatti suppone un *certum*, vale a dire un dato oggetto corporeo. Ora, dopochè la giurisprudenza pose al fianco delle cose corporee le servitù ed obbligazioni siccome cose incorporee, anco a queste si potè applicare l'idea del *dare*, e la relativa forma d'azione[41]. Così sorse altresì per certe specie d'incerto una dinunzia, cioè una cotale azione a dazione o restituzione ideale di cosa incorporale[4].

(39) Come nell'obbligazione del compratore, *fr.* 11. § 2. D. *de act. emti* (19. 2). In questo modo si spiega come anche da un mandato, una *negotiorum gestio*, una società, una tutela e simili potesse nascere una dinunzia, *fr.* 28. § 4. D. *de iureiur.* (12. 2), *fr.* 5. D. *de exc. rei iudic.* (44. 2), *fr.* 5. D. *de tutel.* (27. 3). Ma per ciò appunto volendo ripetere una somma di danaro depositata, la dinunzia non era di regola ammessa, perchè l'attore non ne aveva perduto la proprietà, nè quindi la restituzione costituiva un *dare*, *fr.* 8. *fr.* 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1).

(40) Vedi nota 20 *supra*. Perciò anche i trattatisti moderni pongono le condizioni nelle *obligationes ex variis figuris*. Ciò però non è totalmente giusto; la loro significazione è più estesa, e per l'origine come pel principio elle stanno a capo del diritto delle obbligazioni.

(41) *Fr.* 1. pr. D. *de cond. tritic.* (13. 3). Che l'idea del *dare* si applicasse anche a servitù, lo provano *fr.* 19. D. *de serv. præd. rust.* (8. 3), *fr.* 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1).

(42) Che nella *condictio incerti*, l'*obligatio* medesima fosse, a guisa di cosa, l'oggetto della *condictio*, appare dall'espressione: *ipsa obligatio* ovvero *ipsa stipulatio condici poterit*, *fr.* 7. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9), *fr.* 1. pr. D. *de cond. sine causa* (12. 7).

Questo concetto della *condictio incerti* vien confermato da tutte le applicazioni che se ne trovano [43]. All'incontro l'incerto, che consisteva in un *facere*, non si poteva colla *condictio incerti* prosseguire [44]. Ma

(43) La *condictio incerti* trovasi in qualità d'azione nella concessione o costituzione d' una servitù, *fr.* 35. pr. D. *de serv. præd. urb.* (8. 2), *fr.* 22. § 1. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 8. pr. D. *de act. emti* (19. 1), *fr.* 75. § 3. D. *de verb. obl.* (45. 1), — nella ripetizione d' un debito nullo o contratto *sine causa*, *fr.* 1. pr. *fr.* 3. D. *de cond. sine causa* (12. 7), *fr.* 5. § 1. D. *de act. emti* (19. 5), *fr.* 46. pr. D. *de iure dot.* (23. 3), *fr.* 2. § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5), *fr.* 9 § 1. D. *de cond. causa data* (12. 4), *fr.* 5. § 5. D. *de doli mali exc.* (44. 4), *fr.* 12. 13. D. *de novat.* (46. 2), *c.* 1. C. *de errore calc.* (2. 5), — nella ripetizione di un credito *sine causa* condonato, *fr.* 4. D. *de cond. causa data* (12. 4), — nella ripetizione di un qualunque *ultra* pagato, *fr.* 40. § 1. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 60. D. *de legat.* I. (30), — nella dazione o restituzione d'una cauzione, *fr.* 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4), *fr.* 5. § 1. *de usufr. ear. rer.* (7. 5), *fr.* 7. pr. D. *usufr. quemadm.* (7. 9), — nella ripetizione d' un diritto possessorio erroneamente trasmesso, *fr.* 15. § 1. D. *de cond. indeb.* (12. 6). — Un solo passo non concorda nell'idea qui emessa, *fr.* 19. § 2. D. *de precar.* (43. 26); ma il confronto di questo col *fr.* 2. § 2. *eod.* fa vedere, che non si deve leggere *incerti condictione*, ma *incerti actione.* Questa correzione, come già notai nella prima edizione, è confermata dai manoscritti, ed anche ammessa da SAVIGNY *System* v. 98. 504. 594.

(44) Ed è perciò che si dice in termini espressi, non nascere da una *stipulatio ad faciendum* una *condictio*, ma l'*actio incerti ex stipulatu*, pr. J *de verb. obl.* (3. 15), *fr.* 24. D. *de reb. cred.* (12. 1), *fr.* 4. pr. D. *de usur.* (22. 1), THEOPHILUS nello Scolio di Stefano (nota 38). Ciò nullameno tutti i moderni scrittori sulla teorica delle dinunzie pensano altrimenti, e danno per obbietto alla *condictio incerti* il *dare facere*; così GANS *Obligationenrecht* p. 84; ZIMMERN *Rechtsgesch.* III. § 62, G. HASSE *Wesen der* actio (*Rhein. Museum* VI. 68. 77), SAVIGNY *System.* v. *Beilage* XIV. n. XXXIVXLVI., PUCHTA *Institutionen* II. 106-109. Ma ciò ammesso, diventa impossibile lo stabilire una differenza tra la *condictio* e l'*actio ex stipulatu.* Questa difficoltà è sì grave, che Savigny e Puchta negano realmente una tal differenza, contraddicendo così alle fonti.

in questo vasto campo delle denunzie quella a danaro contante rimase dappoi la legge Silia particolarmente distinta [45], e tutte le altre applicazioni, non esclusa quella a cose incorporali, vennero a lei contrapposte col nome di *condictio triticaria* [46]. Del resto in alcuni luoghi è detto, che tutte le azioni personali si chiamavano dinunzie per contrapposto alle vindicazioni [47]. Ma certo egli è, che la dinunzia aveva senso più ristretto e costituiva puramente una specie di azioni personali; ondechè quell'asserzione vuolsi considerare come un modo vago ed inesatto di favellare [48].

560. L'azione a *dare* nel significato romano presuppone che la proprietà non peranco si trovi presso l'attore. La cosa propria adunque non si poteva prosseguire con dinunzia, se pur se ne eccettuano le cose rubate, la quale eccezione è da credere fondata meno in ciò che ne dicono i giureconsulti romani, che nella

(45) Vedi Savigny *System* v. *Beilage* xiv. n. xxxii. Del resto erra G. Hasse (*Rhein. Museum* vi. 52-59) nel restringere la sfera propria della *condictio certi* alla sola *credita pecunia*.

(46) *Fr.* 1. pr. D. *de condict. tritic.* (13. 3). Savigny *System* v. *Beilage* xiv. n. xxxvi. xxxix-xlii è costretto dalla storta sua opinione a dire che l'*actio ex stipulatu* per un *facere* non era che un'applicazione della *triticaria condictio*. Ma il precitato frammento restringe formalmente la *condictio triticaria* alle *res*, corporali e incorporali.

(47) Gajus iv. 5, *fr.* 25. pr. D. *de oblig.* (44. 7).

(48) Le ragioni di questa nostra opinione sono le seguenti. In primo luogo varii passi designano la dinunzia per quel l'azione, il cui oggetto era un *dare* (nota 36. 37. 38). In secondo luogo è cosa di fatto, che la *legis actio per condictionem* fu trovata soltanto per l'azione a *dare*. In terzo luogo l'azione per compra, mandato, deposito e simili non è mai chiamata *condictio*, ma anzi formalmente da questa differenziata, *fr.* 5. D. *de tutel.* (27. 3), *fr.* 5. D. *de exc. rei iudic.* (44. 2). In quarto luogo non si saprebbe in tal caso capire, il perchè l'*actio incerti ex stipulatu* non si chiamasse *condictio*, cosa che tuttavia non accade mai (nota 44).

singolarità processuale dell' antica azione per furto, cui forse andava pur congiunta una denunzia [49]. A quest'anomalia però s'attenne la giurisprudenza, e insensibilmente la estese, benchè non senza contrasti [50], a tutti i casi in cui uno prosseguisse la cosa propria da altri posseduta per delitto o per causa analoga al delitto [51]. Ed a questo ragguaglio anche la cosa incorporale stata per delitto sottratta al suo possessore potè essere prosseguita colla *condictio incerti* [52].

561. Dell' altra solenne divisione delle azioni di ragion civile, in cui la domanda dell'attore aveva un obbietto diverso dal *dare*, occorrevano due casi, cioè secondochè determinato o indeterminato era l'obbietto dell'azione. A norma di ciò si distingueva tra *formula certa* ed *incerta*. Quest'ultima suonava *quidquid ob eam rem dare facere oportet* [53]; e poteva darsi

(49) GAJUS IV. 4. 8, *fr.* 1. § 1. D. *de cond. trit.* (13. 3), § 14. J. *de action.* (4. 6).

(50) Il progredire di questa teoria appare con molta evidenza dai *fr.* 25. § 1. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 6. D. *de cond ob turp.* (12. 5), *fr.* 25. D. *rer. amot.* (25. 2).

(51) A questo punto di vista si riducono i casi in cui si fa menzione di una *condictio* in ripetizione di cosa propria, *fr.* 1. § 1. *fr.* 2. D. *de cond. trit.* (13. 3), *fr.* 25. 26. D *rer. amot.* (25. 2), *fr.* 29. § 1. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 2. § 26. D. *de vi bon. rapt.* (47. 8), *fr.* 13. § 1. D. *depos.* (16. 3), *fr.* 17. § 2. D. *præscr. verb.* (19. 5). Anche il *fr.* 4. § 1. 2. D. *de reb. cred.* (12. 1) cade sotto questo punto di vista, *fr.* 54. pr. § 1. D. *de furt.* (47. 2). Così si scioglie la difficoltà suscitata da G. HASSE nel *Rhein. Museum* VI. 66.

(52) Come il diritto di pegno sopra cosa rubata, *fr.* 12. § 2. D. *de cond. furt.* (13. 1), il diritto di possesso sopra un fondo tolto colla violenza, *fr.* 2. D. *de cond. tritic.* (13. 3), *fr.* 25. § 1. D. *de furt.* (47. 2).

(53) GAJUS IV. 54. 131 136. Quest'è l'*actio incerti* detta anche *actio incerta* (come nella *c.* 22. C. *de donat.* (8. 54), di cui si fa parola in molti luoghi I moderni scrittori ten-

anco nell'azione per compra, deposito e simili negozi nominati. Ma oltre di ciò, questa formola, non altrimenti della dinunzia nella sfera sua propria, poteva adoperarsi in negozi non cadenti sotto una delle azioni nominate, e dove non pertanto l'equità ed intime ragioni persuadevano di dar azione [54]. Occorrendo, si poneva in capo alla formola una descrizione del fatto [55]. È da notare che la giurisprudenza procedendo talvolta per sola analogia d'un caso in cui esistesse un' *actio in factum* pretoriana, concedeva un'azione, che si chiamava *utilis in factum actio* [56].

gono generalmente questa forma d'azione per sinonima della *condictio incerti*, col che hanno reso impossibile il ben conoscere la proprietà di questi rapporti.

(54) L'azione in tal caso si chiamava *civilis incerti in factum actio*, *fr.* 1. 2. 3. 11. 16. D. *præscr. verb.* (19. 5); *civilis*, perchè introdotta dalla giurisprudenza, per contrapposto alla pretoriana *actio in factum*, *fr.* 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14); *incerti*, perchè compilata sulla *formula incerta*. La giurisprudenza or si appoggiava a che l'atto inchiudeva qualche cosa d'illecito, che però non era delitto, *fr.* 14. D. *præscr. verb.* (19. 5), *fr.* 55. D. *de acq. rer. dom.* (41. 1), *fr.* 50. § 4. *fr.* 66. § 4. D. *de furt.* (47. 2), — ora ad un danno pecuniario patito pel fatto di un altro, *fr.* 23. D. *præscr. verb.* (19. 5), *fr.* 23. § 5. *fr.* 52. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 63. D. *de legat.* II. (31), — ora alla necessità di moderare un'azione troppo dura, *fr.* 11. § 1. D. *de dolo* (4. 3), *fr.* 1. § 43. D. *de vi* (43. 16), — ora finalmente all'equità, *fr.* 3. § 14. D. *ad exhib.* (10. 4), *fr.* 31. § 17. 22. *de ædil. edict.* (21. 1), *fr.* 15. § 34. D. *de damno inf.* (39. 2). Ma la principale applicazione di quest'azione è in fatto di contratti.

(55) C. 6. C. *de transact.* (2. 4). L'azione allora si chiamava *civilis incerti in factum præscriptis verbis actio*, *fr.* 2. 8. 13. § 1. *fr.* 15. 22. D. *præscr. verb.* (19. 5). Ne porgono esempi *fr.* 18. § 2. D. *famil. herc.* (10. 2), *fr.* 28. D. *de donat.* (39. 5), *fr.* 2. § 2. *fr.* 19. §. 2. D. *de precar.* (43. 26). Vedi anche su tal proposito SAVIGNY *System* v. 96-100.

(56) *Fr.* 7. § 1. D. *de religios.* (11. 7), *fr.* 5. § 12. D. *de his qui effud.* (9. 3). *Utilis in factum actio* chiamasi però anche

562. La spiegazione qui data delle dinunzie differisce compiutamente da quella recentemente proposta da Savigny [57], che è qual segue. In primo luogo egli pure muove dal principio, che le dinunzie non erano qualsivoglia *actio in personam*, ma una classe di queste semplicemente. Ma egli considera come loro principio la supposizione, che l' attore ripeta una qualche cosa, che il convenuto tiene da lui come credito (*creditum*), o per titolo analogo. La quale idea applicata ai singoli casi riesce di stentatissima dimostrazione [58]. Arrogi che gli scrittori romani determinano l'uso delle dinunzie da un punto di vista al tutto diverso e assai più largo [59]. Secondamente Savigny pone il principio non dimostrabile, che le dinunzie erano *stricti iuris actiones* e sinonime con questa categoria d'azioni, lo che lo sforza a sostenere l' identità della *condictio* e dell'*actio ex stipulatu* [60], errore da noi già combattuto [61]. Per ultimo Savigny è tratto dal suo principio alla proposizione insostenibile, che non si poteva agir per delitti con una dinuncia [62]. Laonde egli è assai difficile che i risultati

l'*actio præscriptis verbis* ordinaria nel *fr.* 26. § 3. D. *de pact. dotal.* (23. 4).

(57) Savigny *System* v. § 218-220 e *Beilage* xiv.

(58) Specialmente nella sua applicazione alla *condictio sine causa* ed a quella nascente da un *legatum per damnationem*. Savigny p. 523-527. 540-542.

(59) Vedi § 559.

(60) Vedi Savigny p. 503-506. 532.

(61) Vedi nota 44. 46.

(62) Savigny p. 504. 549. 567. Ciò che ivi egli dice per accordare il tenore contraddittorio del *fr.* 9. pr. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1), difficilmente può contentare. Contro lui sta pure la *Collat. leg. Mos.* ii. 4; dove, secondo Huschke, e come è evidente, convien leggere in luogo di *ut condiceret*, *et cum diceret*. Questa ed altre ragioni inducono pure Huschke a dichiararsi contro Savigny nella costui *Zeitschrift* xiii. 31-33.

del dotto e faticoso suo lavoro siano per ttenere la ocomune approvazione.

363. Venendo ora alle singole obbligazioni, noi tratteremo qui delle sole obbligazioni convenzionali, rimandando al Diritto penale la trattazione di quelle nascenti da delitti. Quanto alle obbligazioni non derivanti nè da contratto nè da delitto, elle sono in parte di nessun valore istorico, e in parte da noi discorse a luogo a luogo.

CAPITOLO XIII.

OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI.

364. Un accordo, *conventio* o *pactum* [1], può aver di mira molte cose: un negozio di ragion pubblica, come una conclusione di pace [2]; di ragion domestica, come l'effettuazione d' un matrimonio; di ragion reale, come la costituzione di una servitù [3], la divisione di un'eredità [4], la transazione di una lite e via discorrendo. Noi non abbiamo qui a trattare che delle convenzioni, onde s'ingenera tra due persone un'obbligazione. Molte di queste, gran tempo prima che vi fosse una giurisprudenza, erano state distinte dal volgare

(1) *Fr.* 1. § 1. 2. 3. D. *de pact.* (2. 14).
(2) *Fr.* 5. D. *de pact.* (2. 14).
(3) Gajus II. 31.
(4) *Fr.* 55. D. *de pact.* (2. 14).
(5) Cic. *de off.* III. 17, *pro Rosc. Com.* 8, *fr.* 1. § 4. *fr.* 7. pr. § 1. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 1. pr. *fr.* 2. 3. D. *de præscr. verb.* (19. 5). Poteva però ancora usarsi l'espressione generica *conventio*, *pactum*; verbigrazia *pactum conventum societatis*, *fr.* 71 pr. D. *pro socio* (17. 2).

eloquio, dichiarate azionabili dal diritto consuetudinario e cinte più tardi coll'editto di formole; così la compra, la locazione, il mandato, la società, la fiducia, il mutuo, il commodato, il deposito, il pegno. Questa foggia di patti fu specialmente chiamata contratto[5]. Oltre ciò esisteva, pel caso in cui uno volesse obbligarsi ad un altro di una cosa qualunque, una forma di contratto a parole, fondata nell'uso nazionale, e detta stipulazione. Onde il segno caratteristico della medesima stava nell'unilateralità della prestazione obbligatoria con essa stabilita[6]. Del resto ogni negozio, il cui intrinseco si riduceva ad un fatto unilatere[7], poteva dar materia ad una stipulazione. Lo stesso era del contratto letterale, in cui per mezzo di una data qualità di scrittura uno si obbligava verso altri a un pagamento.

565. L'azionabilità di questi contratti era come segue. Quattro di essi, la compra, la locazione, la società ed il mandato sono perfetti, tostochè i contraenti cadono d'accordo. Quivi pertanto l'obbligazione contrattuale nasce dal semplice consenso[8]. All'incontro nel mutuo, nel commodato, nel deposito, nel pegno e nella fiducia non prima il negozio può dirsi seguito, che la cosa sia stata all'altro data realmente; prima di ciò si ha una promessa di negoziato, ma non un negozio. Laonde in questi casi tutta

(6) Gajus iii. 137; Theophil. iii. 22. Contraria adunque in tutto allo spirito di simili relazioni è l'ipotesi posta in campo da scrittori moderni, che cioè ne' primi tempi tutti i negozi, non esclusa la compra e simili, abbiano assunto presso i Romani forma di stipulazioni, e solo gradatamente siasi per certe convenzioni adottata una forma più libera.

(7) *Fr.* 5. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1), Paul. *sent. rec.* v. 7. § 1.

(8) Gajus iii. 135. 136.

l'obbligazione poggia sopra una cosa già consegnata[9]. Nella stipulazione e nel contratto letterale tutto naturalmente dipende dal compimento dell'atto orale o scritto.

366. Oltre ai contratti distinti nel vivere civile con nome particolare, il commercio può ingenerare negozi, aventi bensì uno scopo lecito ed onesto, ma non costituenti per ciò negozi nominati. A questi i Romani non dettero che insensibilmente norma certa. In origine lo stesso pretore ben dichiarava volta per volta sull'esposizione del fatto, se si aveva o no da dare un *actio in factum*[10], quando non soccorresse l'azione per dolo[11]. Ma Labeone dichiarò ammessibile in tutti i casi analoghi che gli si affacciarono nella pratica la *civilis actio in factum*[12]. E questa fu di poi la via tenuta dalla giurisprudenza. Aristone particolarmente a' tempi di Traiano pervenne a dire in astratto che dovunque si è dato una cosa per amore di corrispettivo si hanno gli elementi che convertono in contratti altri negozi, e quindi si dee concedere la *civilis incerti actio præscriptis verbis*[13]. Altri dissero l'azione ammessibile tuttavolta che evvi un *civile negotium;* e ciò per contrapposto ad una convenzione che non abbia varcato i termini della promessa orale[14]. Ancora si volle dedurre l'azionabilità del negozio dal suo riscontro ed analogia con un contratto nomi-

(9) *Fr.* 1. § 2-6. D. *de obl.* (44. 7).
(10) Ciò è attestato dai *fr.* 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 16. § 1. D. *præscr. verb.* (19. 5).
(11) *Fr.* 5. § 3. D. *præscr. verb.* (19. 5).
(12) *Fr.* 1. § 1. *fr.* 19. pr. *fr.* 20. pr. D. *præscr. verb.* (19. 5).
(13) *Fr.* 7. § 2. 4. D. *de pact.* (2. 14).
(14) *Fr.* 15. D. *præscr. verb.* (19. 5), c. 1. C. *de pact. conv.* (5. 14). Vedi pure *fr.* 1. pr. D. *de æstimat.* (19. 3), *fr.* 13. pr. *fr.* 19. pr. *fr.* 22. D. *præscr. verb.* (19. 5).

nato[15]. Fu in allora che la giurisprudenza eresse a punto fisso, e come fondato puranco nel diritto naturale[16], il principio, che dalla dazione di una cosa nasce un obbligazione di prestazione del pattuito corrispettivo; al qual principio volendosi dare un fermo appoggio, si posero innanzi quattro forme generali, dare pel dare, dare pel fare, fare pel dare, fare pel fare[17]. Ma non si andò oltre; perchè il nascere delle obbligazioni per semplice consenso era per canone in certo modo inconcusso riputato proprio unicamente degli anzidetti quattro contratti nominati[18]. L'azione adunque a corrispettivo si acquistava appena consegnata la cosa, ed a vicenda appena seguita la prestazione nasceva il diritto di serbar la cosa ricevuta[19]. Il principio sovrindicato vigeva puranco in fatto di permuta[20], tuttochè la natura di questa fosse lungamente paruta dubbia[21], e con assai più di ragione si addicesse a tal negozio la denominazione di contratto consensuale. Tutti codesti contratti non aventi nome da una data azione si chiamavano contratti incerti[22], ossia negozi di forma nuova[23].

(15) *Fr.* 1. D. *de æstimat.* (19. 3), *fr.* 5. § 1. 2. 4. *fr.* 6. 13. 16. pr. *fr.* 17. pr. § 3. *fr.* 19. § 1. *fr.* 20. 22. 24. D. *præscr. verb.* (19. 5), *fr.* 23. D. *comm. divid.* (10. 3), *fr.* 1. § 9. D. *depos.* (16. 3), § 1. 2. J. *locat.* (3. 24). Con ciò si spiega il perchè in certi casi mancanti d'ogni analogia non aveva luogo *actio civilis*, *fr.* 5. § 3. *fr.* 16. §. 1. D. *præscr. verb.* (19. 5).

(16) *Fr.* 16. D. *de cond. causa data* (12. 4), *fr.* 25. D. *præscr. verb.* (19. 5).

(17) *Fr.* 5. D. *præscr. verb.* (19. 5).

(18) *Fr.* 1. § 2. D. *de permut.* (19. 4).

(19) Così si spiega il *ius pœnitendi* di cui nel *fr.* 3. § 2. 3. *fr.* 5. pr. § 1. 2. D. *de cond. causa data* (12. 4).

(20) *Fr.* 1. D. *de permut.* (19. 4), c. 3. 4. 7. C. *de rer. permut.* (4. 64).

(21) Gajus III. 141. *fr.* 1. D. *de contr. emt.* (18. 1).

(22) *Contractus incerti*, *fr.* 9. pr. D. *si cert. petet.* (12. 1), *fr.* 18. D. *de acceptil.* (46. 4).

(23) *Nova negotia*, *fr.* 22. D. *præscr. verb.* (19. 5).

567. Ma in ordine ai diritti d'azione emergenti dai contratti correva altresì una sottile distinzione. Di vero, le obbligazioni nascenti dalla compra, dalla locazione e dalla società tornano perfettamente eguali per ciascuna parte.[24] Invece nel mandato, commodato, deposito e pegno l'obbligazione normale e principale affetta una parte sola, nè l'altra può rimaner obbligata che casualmente, cioè col sopravvenire di circostanze particolari. E di qui nacque la distinzione che di buon'ora[25] occorre in simili negozi tra l'*actio directa* e la *contraria*[26]. Anche nei contratti innominati l'azione concessa può aver la natura di una semplice *actio contraria*[27]; ma senzachè questo appaia nella denominazione. Nel mutuo finalmente il versamento della somma, da cui piglia vita il contratto, racchiude egualmente quanto il mutuante ci ha da fare; nè alcuna domanda si può concepire in contrario; motivo per cui non ci si trova *contraria actio*. Lo stesso è, per la lor natura puramente unilatere, dell' obbligazione verbale e letterale[28].

568. Tutti gli altri negozi obbligatorii che non erano contratti rimanevano sotto il nome generico

(24) Questi tre negozi erano perciò detti *contractus* per eccellenza, *fr.* 19. D. *de verb. sign.* (50 16).

(25) La distinzione fra *directa* e *contraria iudicia* si trova già in CIC. *de offic.* III. 17.

(26) Intorno alla *contraria actio* vedi *fr.* 12. § 9. *fr* 26. § 4. *fr.* 45. § 5. D. *mandati* (17. 1), *fr.* 18. § 2. 3. 4. *fr.* 22. D. *commod.* (13. 6), *fr.* 5. pr. *fr.* 23. D. *depos.* (16. 3), *fr.* 9. pr. *fr.* 16. § 1. *fr.* 32. D. *de pignor. act.* (13. 7).

(27) Ne dà un esempio *fr.* 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 5. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5).

(28) GAJUS III. 137; THEOPHIL. III. 22. Da questo punto di vista la stipulazione e il mutuo non si consideravano punto come veri contratti, ma solo si chiamavano *actum* in genere, *fr.* 19. D. *de verb. sign.* (50. 16).

di *pacta*; i quali di regola non erano azionabili, che quando una legge avesse lor dato un tal carattere[29]. Fra questi patti non azionabili vengono principalmente tutti que' negozi, in cui uno si rende verso un altro obbligato a qualche cosa, senzachè questi dal canto suo abbia dato o da dare in virtù della convenzione qualche cosa. Il perchè, a vincolare giuridicamente, conveniva ch'essi fossero portati da stipulazione[30]. Alcuni però avevano per modo di eccezione ottenuto, anche senza stipulazione, l'azionabilità; e tal era per diritto pretoriano il patto d'ipoteca[31], il costituto di un debito proprio od altrui[32], e nel diritto recenziore la promessa di una dote e d'una donazione. Ma la promessa non formale di interessi[33], o di una pena convenzionale non era azionabile[34]. Le clausole relative ad una convenzione, ma appartate, mercè cui uno de' contraenti si riserva in particolare dall'altro qualche cosa, se non fanno parte integrante del negozio principale, ma stanno da sè, sono egualmente meri patti[36]. Del ri-

(29) *Fr.* 6. 7. § 4. 5. D. *de pact.* (2. 14), PAUL. *sent. rec.* II. 14. § 1. II. 22. § 2.

(30) PAUL. *sent. rec.* II. 22. § 2, *fr.* 11. D. *de relig.* (11. 7), c. 14. 21. 27. 28. C. *de pact.* (2. 3).

(31) *Fr.* 17. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 1. pr. D. *de pign. act.* (13. 7), *fr.* 4. D. *de pignor.* (20. 1).

(32) *Fr.* 1. D. *de pecun. const.* (13. 5), *c.* 1. 2. C. *de const. pecun.* (4. 18), § 8. 9. J. *de action.* (4. 6).

(33) PAUL. *sent. rec.* II. 14. § 1, *c.* 3. C. *de usur.* (4. 32).

(34) Onde si usava sempre la *stipulatio*, *fr.* 10. § 1. D. *de pact.* (2. 14).

(35) Come, a cagion d'esempio, nel *fr.* 75. D. *de contr. emt.* (18. 1), *fr.* 21. § 5. D. *de act. emti* (19. 1), *fr.* 50. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 12. D. *praescr. verb.* (19. 5), *c.* 2. C. *de pact. int. emt.* (4. 54).

(36) *Fr.* 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 72. pr. D. *de contr. emt.* (18. 1), *c.* 3. C. *de pact.* (2. 3).

manente non mancavano negozi di tenore bilaterale, i quali, per non essere compresi fra i contratti, si reputavano, finchè una delle parti non avesse soddisfatto al dover suo, semplici patti; e tali erano la permuta [37] ed il transatto [38].

—

CAPITOLO XIV.

SPECIE DI CONVENZIONI.

569. Noi non faremo parola delle specie di convenzioni, se non in quanto elle offrono proprietà storiche. De' contratti consensuali viene qui sola la compra e vendita. Con questo negozio il venditore si obbligava al compratore, qualora occorresse un acquisto solenne, di mancipare o cedere *in iure* la cosa, e d'immetterlo quindi, se si trattava di stabile, nel vacante possesso [1]. Quanto alle *res nec mancipi*, niuna eccettuata nel nuovo diritto, tutto si compiva colla tradizione. Queste particolarità miravano a rendere il compratore proprietario. Che se il venditore non fosse stato proprietario, ma scientemente od inscientemente avesse venduto la cosa d'altri, il contratto non era già nullo, sibbene recava, che il venditore mallevasse il suo operato, e tenesse in-

(37) C. 3 C. *de permut.* (4. 64).
(38) C. 21. C. *de pact.* (2. 3), *c.* 6. 17. 33. C. *de transact.* (2 4).
(1) Gajus iv. 131; Paul. *sent. rec.* i. 13a. § 4; Cicero *pro Tull.* 17, *fr.* 18. § 1. *fr.* 68. § 2. D. *de contr. emt.* (18. 1), *fr.* 2. § 1. *fr.* 48. D. *de act. emti* (19. 1).

denne il compratore [2]. Quest' obbligazione si stipulava per ordinario in termini espressi e quasi sempre sotto pena del doppio [3]; benchè anche senza di ciò la stessa qualità del contratto porgesse azione [4]. L'assicurazione di procurare al compratore la proprietà quiritaria, sotto pena del doppio, era segnatamente in uso nella vendita di schiavi [5]. Ad ovviare però quant'era possibile a liti di lor natura incerte, Costantino prescrisse di non comperare che previo un diligente esame dei titoli del venditore [6]. Le vendite fatte dal fisco erano guarentite contro i reclami del proprietario da costituzioni particolari [7]. In ordine alle qualità della cosa venduta, il venditore doveva secondo le dodici tavole guarentire col rifacimento del doppio, ma non oltre [8], quello che nella mancipazione aveva formalmente promesso. A norma poi della giurisprudenza egli doveva pure rispondere dei difetti scientemente taciuti [9], nonchè degli occulti [10]. Tutti questi principii s'affacciavano specialmente nella vendita di animali e di schiavi; ond'è che già nel settimo secolo il giureconsulto Manilio dettava le

(2) *Fr.* 11. § 2. D. *de act. emti* (19. 1). A ciò allude il vocabolo *autor esse*, PLAUT. *Curcul.* 4. 2, 8-14, *autoritas*, PAUL. *sent. rec.* II. 17. § 1.
(3) *Fr.* 37. pr. § 1. *fr.* 56. pr. D. *de evict.* (21. 2).
(4) PAUL. *sent. rec.* II. 17. § 2. 3. 4, *fragm. Vatic.* § 8, *fr.* 31. § 2. D. *de ædil. edict.* (21. 1), *fr.* 19. D. *de evict.* (21. 2), *c.* 6. 8. 25. C. *de evict.* (8. 45).
(5) VARRO *de re rust.* II. 10, *fr.* 37. § 1. D. *de evict.* (21. 2).
(6) *Fragm. Vatic.* § 35.
(7) § 14. J. *de usucap.* (2. 6).
(8) FESTUS *v. Nuncupata*, CIC. *de off.* III. 16; PAUL. *sent. rec.* II. 17. § 4.
(9) CIC. *de off.* III. 16. 17.
(10) *Fr.* 6. § 4. D. *de act. emti* (19. 1), *fr.* 45. D. *de contr. emt.* (18. 1), *fr.* 33. pr. D. *de ædil. edict.* (21. 1).

formole di stipulazione a ciò volute[11]. Ma più particolarmente l'editto edilizio stabilì, che nelle vendite sui mercati di schiavi o di bestiame, il mancamento delle qualità promesse, od i vizi occultati[12] dessero al compratore la facoltà di agire a piacimento presso gli edili od a rescissione dell'intiero negozio, od a diminuzione del prezzo[13], e che in ogni tempo egli potesse esigere per sua sicurezza una stipulazione del doppio[14]. Questi principii furono poi estesi parzialmente dalla giurisprudenza ad altre cose e negozi[15]. Nella vendita di stabili volevasi e riducevasi in formola, se franchi da servitù, o come queste costituite[16]. Del rimanente occorrevano anche vendite simulate; e in questi casi si designava il prezzo in un sesterzio[17].

578. Fra i contratti nascenti dalla consegna della cosa, il solo che meriti menzione, e che nel Diritto Giustinianeo non è più riportato, è la fiducia. Essa consisteva nel trasferire una cosa in proprietà di un altro, non perchè vi rimanesse, ma perchè, appena raggiunto un dato scopo, fosse al trasferente resti-

(11) Cic. *de orat.* I. 58; Varro *de re rust.* II. 2-10.

(12) Gellius IV. 2, *fr.* 1. § 1. 2. *fr.* 38. pr. § 1-5. D. *de ædil. edict.* (21. 1), Cic. *de off.* III. 17.

(13) Gellius IV. 2; Paul. *sent. rec.* II. 17. § 5. 6, *fr.* 18. pr. *fr.* 19. § 6. *fr.* 38. pr. D. *de ædil. edict.* (21. 1), *fr.* 25. § 1. D. *de exc. rei iudic.* (44. 2).

(14) *Fr.* 28. 31. § 20. D. *de ædil. edict.* (21. 1), *fr.* 31. 32. pr. D. *de evict.* (21. 1), *fr.* 5. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(15) *Fr.* 1. pr. *fr.* 49. 63. D. *de ædil. edict.* (21. 1), *c.* 4. C. *de ædil. act.* (4. 58).

(16) Cic. *de orat.* I. 39; Varro *de ling. lat.* V. 27. Qui cade la formola: *fundus ut optimus maximusque est*, Siculus Flaccus *de condit. agror.* p. 9, *fr.* 90. 169. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(17) Vedi in proposito Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* X. 118.

tuita. Tale segnatamente poteva essere la dazione di una cosa in custodia od in pegno [18]. La traslazione si operava nella forma consueta per mancipazione od *in iure cessio*, alle quali poi si annetteva la clausola fiduciaria di retrodazione [20]. Da essa nasceva un giudicio (*iudicium*) di buona fede [21], coll'opportunità del quale poteva farsi istanza anche pei guasti recati alla cosa [22], e dove la condanna per provata infedeltà fruttava infamia [23]. Alla retrodazione si richiedeva una nuova mancipazione od *in iure cessio* [24]; ma ella poteva pure operarsi con un' usurecepzione (*usureceptio*) sua particolare [25].

571. La forma dell'obbligazione verbale consisteva in una domanda sopra l'oggetto prestando fatta da chi lo stipulava [26], e nella risposta analoga dell'altro che si obbligava. A norma delle espressioni ivi usate si faceva differenza tra la sponsione di stretta ragion civile e le altre formole, con cui potevano obbligarsi anche i peregrini [27]. A questa differenza si connettevano non dubbiamente a tempo ancora di Gaio speciali effetti, di presente ignoti. Più tardi l'imperatore

(18) Gajus II. 60; Boethius *in Topic.* 10.
(19) Gajus II. 59; Isidor. *Orig.* V. 25.
(20) Boethius *in Topic.* 10.
(21) Cic. *de off.* III. 15. 17, *epist.* VII. 12; Paul. *sent. rec.* II. 13. § 5, *Collat. leg. Mosaic.* X. 2. § 2.
(22) Cic. *pro Rosc. Com.* 6. *pro Cæcina* 3, *Lex Julia municipalis* lin. 37. (Haubold *monum.* p. 123).
(23) Paul. *sent. rec.* II. 13. § 7.
(24) Paul. *sent. rec.* II. 13 § 7; Boethius *in Topic.* 10.
(25) Gajus II. 59. 60.
(26) Sulla derivazione di questa parola le opinioni erano varie. Festus *v. Stipem*, Varro *de ling. lat.* V. 182; Paul. *sent. rec.* V. 7. § 1, pr. J. *de verb. obl.* (3. 15), Isidor. *Orig.* V. 24.
(27) Gajus III. 92. 93. 94. 179.

Leone abolì ogni solennità di parole, e dichiarò equipollente ogni espressione[28]. Ma con ciò non fu tolta la necessità d'una domanda e d'una risposta, purchè analoga di senso, colle conseguenze che ne derivavano[29], una delle quali si era, che le parti fossero l'una all'altra presenti[30]; nel che di grande aiuto erano gli schiavi[31]. Se la promessa inchiusa nell'obbligazione verbale versava in un dare, l'azione da questa nascente era una denunzia[32], e se in un fare l'*actio incerti*[33]. Del rimanente la stipulazione non poteva essere concepita in termini per cui il diritto o l'obbligazione nascesse solamente al decesso dello stipulante o promettente, giacchè l'idea di successione, mercè cui l'erede subentra in un'obbligazione, presuppone che questa abbia già esistito nel defunto[34]. A convalidare però codeste stipulazioni od anche per altri motivi si faceva sovente intervenire un astipulatore (*adstipulator*)[35], o per contrario un apromissore (*adpromissor*)[36]. Giu-

(28) C. 10. C. *de contr. stipul.* (8. 38), § 1. J. *de verb. obl.* (3. 15).

(29) Ciò è ancor dimostrato da tutta la trattazione di questa materia nel Diritto Giustinianeo, come pure dal *pr.* § 1. J. *de verb. obl.* (3. 15).

(30) PAUL. *sent. rec.* v. 7. § 2; GAJUS III. 105, *fr.* 1. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(31) *Fr.* 1. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1), GAJUS III. 166. 167, tit. J. *de stipul. serv.* (3. 17).

(32) *Fr.* 24. D. *de reb. cred.* (12. 1), pr. J. *de verb. obl.* (3. 15), THEOPHIL. IV. 13. § 1.

(33) *Fr.* 4. D. *si quis in ius* (2. 5), *fr.* 27. § 7. D. *de recept.* (4. 8), *fr.* 4. pr. D. *de usur.* (22. 1), pr. J. *de verb. obl.* (3. 15).

(34) Il fondamento della regola è questo: *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, GAJUS III. 100. 101. 119. 158. 176. I temperamenti alla medesima recati già sono indicati da GAJUS II. 232, *fragm. Vatic.* § 98, *fr.* 45. § 1. D. *de verb. obl.* (45. 1), § 15. J. *de inutil. stipul.* (3. 19).

(35) GAJUS III. 110-114. 117, CIC. *in Pison.* 9, *pro Quint.* 18.

(36) FESTUS *v. Adpromissor*, *fr.* 5. § 2. D. *de verb. obl.*

stiniano tolse in ultimo quella restrizione[37]; e con lei cessò pure l'intervento degli astipulatori. Ma lo schiavo, e così anche nel diritto antico, poteva stipulare validamente pel tempo dopo la sua morte, perchè in simile stipulazione non si contemplava che la persona del padrone[38]. Del rimanente la promessa di una dote[39], e la ricevuta (*receptum*) o promessa di pagamento degli argentarii[40] non erano che specie dell'obbligazione verbale.

572. L'obbligazione letterale si connette alla instituzione dei libri di casa, che a tempo della repubblica ogni volgar cittadino che ne abbisognasse pe'suoi affari teneva col massimo ordine e precisione[41]. Essi erano di doppio genere; il giornale o diario[42], in cui si riportavano alla giornata i fatti negozi, o il libro mastro[43], in cui si trascrivevano mensualmente, colla massima fedeltà e compitezza, le partite del diario[44]. Gli altri particolari di quest'instituto e del procedimento ivi seguito non si possono accerta-

(45. 1), *fr.* 43. D. *de solut.* (46. 3). Lo stesso scopo però si poteva raggiungere con un fideiussore, GAJUS III. 119.

(37) *C.* 11. 15. C. *de contrah. stipul.* (8. 38), *c. un.* C. *ut action.* (4. 11), § 13. J. *de inutil. stipul.* (3. 19).

(38) *Fragm. Vatic.* § 57.

(39) Vedi § 499.

(40) *C.* 2. C. *de pecun. const.* (4. 18), § 8. J. *de action.* (4. 6), THEOPHIL. IV. 6. § 8.

(41) I più recenti scritti sopra questa materia, dove sono pur menzionati gli anteriori, sono: KELLER, *Beitrag zu der Lehre von dem römischen Litteral=Contracte* (SELL *Jahrbücher* I), SCHÜLER, *die* literarum obligatio *der älteren römischen Rechts*. Breslau 1842. 8.

(42) Questo portava il nome di *adversaria*.

(43) Questo si chiamava *codex* ovvero *tabulæ expensi et accepti*.

(44) CIC. *pro Rosc. Com* 2. 3, *pro Cluent.* 30, *in Verr.* II. 1, 23. 36, (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 23.

re[45]. Le partite di danaro [46] si riportavano in modo da far parere esposto o ricevuto quanto si aveva da esigere o di cui si era ad altri debitore[47]. Che se questo riporto si eseguiva col porre a libro come debito dell'altro quello che si aveva da esigere per un qualunque negozio da lui od anche da un terzo, questo *nomen transcriptitium* annullava il debito antico e vi sottentrava l'obbligazione letterale[48]. Naturalmente questa trascrizione supponeva sempre il consenso dell'altro[49], cioè una cosa intesa[50], la quale, venendo negata, si passava, come nella stipulazione e generalmente in ogni contratto, alla prova; il perchè vuolsi tener per certo, che una simile intelligenza seguisse il più delle volte con testimoni[51]. Questo punto però non è molto chiaro, e certo egli è, che un debito librario si poteva registrare a carico puranco di un assente[52]. Ma a vicenda il convenuto poteva eziandio contrapporre i suoi libri ed altri mezzi probatorii[53]; nel che il giudice aveva generalmente un ampio potere discretivo[54]. Ma ammessa la giustezza della trascrizione, più non poteva il convenuto opporre il semplice niego di non essere stato debitore, e solo gli rimaneva l'eccezion per dolo che pur do-

(45) Anche le opinioni sono su quest'argomento assai divergenti, come già si vede in Keller e Schüler.
(46) Che si chiamavano *nomina*.
(47) Ciò si chiamava *expensum* od *acceptum ferre*.
(48) Gajus III. 128. 129. 130. 133. 137.
(49) *Iussu debitoris expensum tulisse*, Cic. *pro Rosc. Com.* 5; Valer. Max. VIII. 2, 2.
(50) Theophil. III. 21. pr. ne indica la forma.
(51) Seneca *de benef.* II. 23. III. 15.
(52) Gajus III. 138.
(53) Cic. *pro Rosc. Com.* 1, *in Verr.* II. 1, 39.
(54) Gellius XIV. 2.

veva provare[55]. L'azione nascente dall' obbligazione letterale era la dinunzia ad una data somma[56]. Questa forma di contratto, a quanto pare, si adoperava ancora ai tempi di Gaio, ma non più nel quarto o quinto secolo[57]. Del resto il riporto nel libro di casa poteva pure riferirsi non ad un debito trascritto, ma ad un prestito fatto in contanti. Il quale in tal caso si chiamava *arcarium nomen*, ed a vece d'ingenerare un' obbligazione letterale, serviva soltanto di prova; sendochè la detta obbligazione nasceva dal punto stesso della numerazione[58].

575. Astrazion fatta da questa singolar forma di obbligarsi per scrittura, i Romani non ne avevano altra. Imperocchè la dichiarazione in iscritto, non rivestita della stipulazione, di essere debitore o di voler dare qualche cosa non era giuridicamente obbligatoria. Non così fra peregrini; onde le obbligazioni di costoro per Chirografo e Singrafa si tenevano in certo modo per obbligazioni letterali[59]. Quale però fosse il carattere di questi atti, non si sa bene[60]. Stando ad un ricordo d'età posteriore la singrafa sarebbe un atto bilaterale sopra un debito, anche nato da causa supposta, ed il chirografo la ricognizione unilaterale di un debito fondato sovra un

(55) VALER. MAX. VIII. 2, 2.

(56) CICERO *pro Rosc Com.* 4. 5, *fr.* 1. D. *de ann. legat.* (33. 1).

(57) (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 23, pr. J. *de litter. oblig.* (3. 21).

(58) GAJUS III. 131. 132. Ad un caso simile allude GELLIUS XIV 2

(59) GAJUS III. 134. Questi particolari sono dottamente discussi da G. R. GNEIST *die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts* Berlin 1845. 8.

(60) GNEIST p. 360-388. 414-508 finisce con dire, che non hanno il carattere di contratti letterali.

prestito effettivo [61]. Ma nei nostri fonti questa differenza non si trova accennata, ed oltre a ciò mal sicura è la notizia or riferita [62].

574. Dal contratto letterale ben si vogliono cernere le polizze, che insensibilmente vennero presso i Romani in uso sotto nome di Cauzioni (*cautio*) o Chirografi (*chirographum*). Elle si adoperavano particolarmente nelle due ipotesi seguenti. In primo luogo sovente di una stipulazione stretta personalmente o per mezzo di uno schiavo si redigeva uno scritto [63]. Qui la scrittura non mutava l'indole dell'obbligazione, la quale si rimaneva tutta verbale [64]. Ond'è, che la forza obbligatoria dello scritto poteva mai sempre impugnarsi col pretesto, che la promessa non era stata preceduta dalla debita domanda, o che le parti non erano state l'una all'altra presenti. Ma a ciò si provvide dipoi stabilendo, quanto al primo punto per finzione [65], e quanto al secondo con un decreto di Giustiniano, che entrambi fossero creduti veri sino ad evidente prova del contrario [66]. Con ciò venne contemporaneamente dato alla scrittura un effetto positivo, cioè quello d'ingenerare, come per stipulazione, ed anche in assenza di questa, un'obbligazione. Anche dal lato materiale l'atto scritto relativo ad una stipulazione passata da solo a solo venne dotato di

(61) (Ascon.) *in Verr.* II. 1, 36.
(62) Vedi anche Gneist p. 508-514.
(63) Ne danno esempi *fr.* 40. D. *de reb. cred.* (12. 1), *fr.* 126. § 2. D. *de verb. obl.* (45. 1).
(64) Gajus III. 134.
(65) Paul. *sent. rec.* V. 7. § 2, *fr.* 134. § 2. D. *de verb. obl.* (45. 1), *c.* 1. C. *de contrah. stipul.* (8. 38), § 8. J. *de fideiuss.* (3. 20).
(66) C. 14. C. *de contrah. stipul.* (8. 38), § 12. J. *de inutil. stipul.* (3. 19). Vedi in proposito Gneist p. 253-261.

proprietà positive. Ciò è, che quando si fosse fatta una stipulazione non nell'intento di donare, ma in attesa di un corrispettivo, il convenuto poteva opporre all'azion formale per contratto in forma di *exceptio doli*, che in realtà non vi era stato corrispettivo [67], del che poi l'attore aveva a provare la falsità [68]. La circostanza dell'aver preso atto della stipulazione, non mutava per lo più la cosa. Singolare però era il caso in cui la scritta di stipulazione recasse di un imprestito ricevuto, e la promessa pel debitore della restituzione. Volendo questi impugnare la realtà del mutuo, stava scritto nelle costituzioni imperiali (e ciò sin dal secolo terzo), che l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* valesse unicamente per un anno, per cinque, secondo Diocleziano, per due, secondo Giustiniano, a far tempo dalla produzione della scrittura [70]. Onde, passato il termine, la scrittura dava a chi la produceva un assoluto diritto a pagamento.

575. L'altra specie principale di cauzione o chirografo era una polizza senza forma di stipulazione in ricognizione d'un prestito avuto [71]. Qui la scritta

(67) Gajus iv. 116, *fr.* 2. § 3. D. *de doli exc.* (44. 4), § 2. J. *de except.* (4. 13).

(68) Vedi su di ciò Gneist p. 180-189. 209-219. Quest'autore combatte pure l'opinione volgare, che il convenuto avesse il carico di provare la sua eccezione.

(69) Vedi Gneist p. 265-285. 307-314. Quest'autore prova in modo convincente, che l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* si rivolgeva principalmente alle scritte di stipulazione.

(70) C. 1. Cod. Hermog. *de cauta et non numer. pecun.* (1), c. 8. 9. 10. 14. pr. C. *de non numer. pecun.* (4. 30), c. *un.* § 4. C. Th. *si certum petat.* (2. 27), § *un.* J. *de liter. obl.* (3. 21).

(71) *Fr.* 41. § 2. D. *de usur.* (22. 1).

punto non alterava la natura ordinaria del mutuo; ondechè se il creditore appoggiato al chirografo metteva innanzi la *condictio ex mutuo*, e il convenuto contestava la realtà dello sborso, l'attore doveva provare la numerazione siccome fondamento della propria azione [72]. Ma dopochè sotto gl'imperatori salì in voga la restrizione sulla durata dell'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, la stessa regola fu applicata all' eccezione contro la nuda apparenza di un debito, e dichiarata quest'eccezione, trascorso il termine, perenta [73]. E fu da quell'ora, che senza stipulazione e senza reale numerazione potè alcuno rimaner obbligato per sola virtù di scrittura a un pagamento; obbligazione detta perciò nel nuovo diritto letterale [74].

576. Degna di special considerazione è l'usura, la quale accuratamente si distingueva dal prestito ordinario [75]. Di fatto l'obbligazione nascente da questo versando unicamente sulla restituzione del ricevuto, chiaro è, che la promessa feneratizia apparteneva a un ordine d'idee affatto diverso, e supponeva per obbligare una stipulazione formale [76]. La misura lecita degli interessi debb'essere stata fissata per la prima volta dalle dodici tavole sul piede unciario [77]. Qui l'uncia significa il dodicesimo del capitale, non

(72) C. 3. 5. 7. C. *de non numer. pecun.* (4. 30).

(73) Vedi Gneist p. 307-317.

(74) § *un.* J. *de litter. obl.* (3. 21.), Theophil. III. 21. Questo non è in tutto giusto, perchè il fondamento dell'obbligazione è mai sempre la presunta numerazione.

(75) Da ciò muove il contrapposto che si fa di *mutuum* a *fænus*, Plautus *Asinar.* I. 3. *v.* 95; Non. Marcell. v. 70.

(76) V. cap. XIII. nota 33. Ne danno esempi *fr.* 24. D. *præscr. verb.* (19. 5), *fr.* 126. § 2. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(77) Tacit. *ann.* VI. 16; Cato *de re rust. præf.*

a mese, ma ad anno [78], cosicchè l'interesse legale in nostra lingua sarebbe dell'8 $^1/_3$ per $^0/_0$ [79]. Nella penuria di danaro succeduta alla guerra gallica questa tassa venne, forse per legge, aumentata [80], giacchè nel 399 se ne parla come di cosa nuova [81]. Ma nel 409, dopo varie provvidenze rese contro l'usura [82], calò della metà [83]. Comparve dipoi il plebiscito di Genucio (A. 414), che vietò tutte le usure [84]; ma questo divieto, eluso prima in varii modi, com'era da aspettarsi [85], cadde in ultimo nel dispregio [86]. Che anzi la floridezza del commercio, il gran traffico di danaro colle provincie, e la sollecitudine dei Romani a non lasciare un solo istante infruttuose le lor ricchezze [87], ingenerarono l'usanza d'imprestare il danaro non più di anno in anno, ma da mese a mese [88]. Nei quali pre-

(78) Niebuhr iii. 61-71. L'opinione erronea prima in voga è ancora adottata da Dureau de la Malle, *Economie politique* T. ii. lib. iv. cap. 2.

(79) Niebuhr riferisce questa tassa d'interessi all'antico anno decimestrale, e adotta per l'anno duodecimestrale un rialzo del decimo del capitale. Veramente, dietro un tal supposto, si potrebbe restituire con una certa verosimiglianza un passo oscuro di Festus *v. Unciaria.* Ma d'altra parte difficilmente si può credere che le dodici tavole calcolassero ancora secondo l'antico anno ciclico.

(80) Niebuhr ii. 383. 674. iii. 62.

(81) Liv. vii. 16.

(82) Con quest'epoca coincide appunto la *lex Marcia*, Gajus iv. 23; Liv. vii. 21.

(83) Liv. vii. 27; Tacit. *ann.* vi. 16.

(84) Liv. vii. 42; Tacit. *ann.* vi. 16.

(85) Liv. xxxv. 7.

(86) Plutarch. *Cato mai.* 21; Appian *de bell. civ.* i. 54.

(87) Polyb. xxxii. 13.

(88) Di regola il pagamento degli interessi si faceva alle *Kalendæ*, Horat. *Serm.* i. 3. *v.* 87. Onde anche il registro, che il banchiere teneva delle sue partite, si chiamava *kalendarium*, *fr.* 41. D. *de reb. cred.* (12. 1), *fr.* 41. § 6. D. *de legat.* iii. (32).

stiti la tassa ordinaria degli interessi era la centesima, cioè l'un per cento al mese [89], e gl' interessi minori si esprimevano in oncie ed altre frazioni della centesima [90]. Gli editti provinciali volsero questa tassa nel massimo legale [91], e tale ancor risulta nei fonti sino all'età di Giustiniano [92], il quale la ridusse alla metà con alcune modificazioni accomodate al vario ceto de' creditori [93]. Il pigliar interessi d'interessi era per leggi vietato [94]; ma il divieto si eludeva capitalizzando in fine d'ogni anno gl'interessi scaduti, e raccogliendo gl'interessi d'un simile capitale [95], finchè in ultimo Giustiniano tolse anche un tal maneggio [96]. Se il danaro mutuato doveva viaggiar per mare con rischio del creditore, poteva questi per la durata del viaggio fissar gl'interessi a suo talento [97]. Giustiniano diè primo a ciò una regola [98].

577. Finalmente qui pure occorre trattar dei principii della donazione. Due cose voglionsi in questa

(89) Dio Cass. li. 21.

(90) Le espressioni *usuræ deunces*, *decunces*, *dodrantes*, *besses*, *septunces*, *semisses*, *quincunces*, *trientes*, *quadrantes*, *sextantes*, *unciæ usurarum*, indicano gl'interessi da 11/12 a 1/12 per 0/0 al mese, ossia 11 a 1 per 100 all'anno.

(91) Plutarch. *Lucull.* 20; Cic. *ad Attic.* v. 21, 11. vi. 1, 5. 6. Cfr. Boeckh *Inscr. græcæ* T. ii. n. 2335.

(92) Paul. *sent. rec.* ii. 14. § 2. 4, *c.* 8. C. *si cert. petet.* (4. 2), *c.* 1. 2. C. Th. *de usur.* (2. 33).

(93) *C.* 26. C. *de usur.* (4. 32). Ma per *centesima* s'intendeva allora l'1/8 del capitale ossia il 12 1/2 per cento all'anno, Gothofr. *ad c.* 1. C. Th. *de usur.* (2. 33).

(94) *C.* 28. C. *de usur.* (4. 32), *fr.* 26. § 1. D. *de cond. indeb.* (12. 6).

(95) Questo è il senso dell'*anatocismus anniversarius*, Cic. *ad Attic.* vi. 21, 11. 12. vi. 1, 5; Orelli *inscr.* T. ii. n. 4405.

(96) *C.* 28. C. *de usur.* (4. 32).

(97) Plutarch. *Cato mai.* 21; Paul. *sent. rec.* ii. 14. § 3, *c.* 1. 2. C. *de naut. fænore* (4. 33).

(98) *C.* 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32), *nov.* 106. 110.

primieramente distinguere: la promessa e l'esecuzione. La prima per essere obbligatoria doveva secondo la regola ordinaria vestire la forma di una stipulazione [99]. Ma quanto alla seconda, o l'oggetto era una *res mancipi*, e ci voleva una mancipazione o l'*in iure cessio*; od era una *res nec mancipi*, e bastava la tradizione [100]. Nella mancipazione applicata ad una donazione, oltre all'asse faciente parte del rito, si designava e consegnava in qualità di prezzo un sesterzio [101]. Nelle donazioni però tra genitori e figli la necessità della mancipazione e tradizione fu tolta da Antonino Pio, e dichiarata sufficiente un'espressione di volontà comunque concepita [102].

578. In aggiunta alle formalità ordinarie s'introdusse l'uso sotto gl'imperatori di fare da un maestrato trascrivere l'atto di donazione nel registro giudiziale ovvero civico [103]. Costantino Cloro rese questa formalità necessaria [104], e come tale fu mantenuta dagli imperatori seguenti [105], e richiesta fra quelle stesse persone che Antonino aveva sciolto dall' obbligo della mancipazione e tradizione [106]. Però nell'anno 428 le donazioni tra coniugi inferiori ai dugento aurei ne

(99) *Fragm. Vatic.* § 263. 293.

(100) PLINIUS *epist.* X. 3, *fragm. Vatic.* § 263. 293; DIOCLETIAN. *in Consult. veter. ICti* § VI. *const.* 1.

(101) Questa scoperta è dovuta a HUSCHKE *J. Flavii Syntrophi instrumentum* p. 39. Ne reca esempi ORELLI *inscr.* T. II. n. 4358. 4567. 4571. 4947.

(102) *Fragm. Vatic.* § 314; PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 11, c. 4. 5. 7. C. Th. *de donat.* (8. 12).

(103) *Fragm. Vatic.* § 266. 268.

(104) Lo attesta la c. 1. C. Th. *de sponsal.* (3. 5).

(105) C. 1. 3. 5. 6. 8. § 1. C. Th. *de donat.* (8. 12), c. 30. 32. C. *de donat.* (8. 54).

(106) C. 5. C. Th. *de donat.* (8. 12).

vennero esentate [107]. In un decreto dell' anno 316 Costantino aveva indicato, oltre la registrazione nel libro civico, due altre formalità: cioè, la redazione circostanziata innanzi a testimoni dell'atto di donazione e l'effettuazione della tradizione in cospetto altresì di testimoni [108]. Ma ciò fu un semplice consiglio, non una legge; per il che in appresso tanto il primo (A. 428) [109], quanto il secondo punto (A. 478) [110] vennero dichiarati indifferenti. La tradizione bensì [111], o nelle *res nec mancipi* la mancipazione [112] continuò ad essere la formalità sostanziale; ma quest'ultima andò sempre facendosi più spiccia, ed in ultimo si ridusse alla semplice menzione nell'atto del sesterzio [113].

579. Giustiniano finalmente ordinò il tutto nel seguente modo. Ritenne come sostanziale la registrazione giudiziaria, ma esentò da questa formalità (A. 529) tutte le donazioni non eccedenti i 300 aurei, ed in appresso (A. 531) i 500 [114]. Supposta poi, ne' casi in cui era voluta, la registrazione, dichiarò valida ogni donazione anche disgiunta da stipulazione e tradizione, per modo che si potesse

(107) *C.* 8. C. Th. *de sponsal.* (3. 5).

(108) *Fragm. Vatic.* § 249, c. 1. C. Th. *de donat.* (8. 12). Quanto all'anno vedi l'annotazione di Hanel alla c. 2. C. Th. *de administr.* (3. 30).

(109) *C.* 29. C. *de donat.* (8. 54). Savigny *System* IV. § 165 ne dà la giusta interpretazione.

(110) *C.* 31. C. *de donat.* (8. 54).

(111) *C.* 8. C. Th. *de donat.* (8. 12).

(112) Questo è ancor menzionata nell'anno 355, c. 7. C. Th. *de donat.* (8. 12).

(113) La donazione del re Odoacre ci rivela colla massima chiarezza il procedimento ordinario nelle donazioni di quell'epoca, Spangenberg *tabulæ* n. XXVII.

(114) *C.* 34. pr. c. 36. § 3. C. *de donat.* (8. 54), § 2. J. *de donat.* (2. 7).

senz'altro agire in esecuzione della tradizione. Così egli pareggiò la promessa informe di donazione ai contratti consensuali [115]. Finalmente anche la menzione del sesterzio, resa vuota di senso, fu per lui abolita [116].

580. Una legge Cincia [117] del tribuno M. Cincio Alimento dell'anno 550 [118] lasciò per lungo tempo in fatto di donazioni un singolare accidente. Questa legge vietò di accettar donazioni che eccedessero una certa misura, impossibile a conoscere [119], e tralasciò di pronunciare la rescissione della donazione eccessiva [120]. La giurisprudenza formò poi di questa legge in relazione colle altre regole generali del diritto il seguente sistema [121]. Da un canto dedusse che il donante non poteva rinvenire sopra una donazione

(115) § 2. J. *de donat.* (2. 7). *c.* 35. § 3. 5. C. *de donat.* (8. 54), *nov.* 162. *c.* 1.

(116) C. 37. C. *de donat.* (8. 54).

(117) Di essa trattano: SAVIGNY nella *Zeitschrift* IV. 1; RUDORFF *de lege Cincia.* Berol. 1825, WENCK *præf. in* HAUBOLD *opusc.* vol. I. p 37; FRANCKE *Civil. Abhandl.* 1826. p. 1; HASSE nel *Rhein. Museum* I. 185. III. 174; UNTERHOLZNER nel *Rhein. Museum* II. 436. III. 153; LIEBE *die Stipulation* 1840. p. 103-131. Ma la diversità dei pareri è tanta, che non si può qui discutere. Notevole per chiarezza è l'esposizione fattane da BRUNS *quid conferant Vaticana Fragmenta.* 1842. p. 112 139.

(118) CIC. *ad Attic.* 1. 20, *de senect.* 4; LIV. XXXIV. 4; FESTUS *v. Muneralis.*

(119) Ciò si deduce con bastante sicurezza dai *fragm. Vatic.* § 304, *fr.* 21. § 1. *fr.* 24. D. *de donat.* (39. 5), ULPIAN. I. 1; PAUL. *sent. rec.* V. 11. § 6.

(120) Questa proposizione si fonda sopra ULPIAN. I. 1. 2; MACROB. *Somn. Scipion.* II. 17 combinato con quello che per altra via si sa della legge Cincia. Vuolsi però tenere per bastantemente certa.

(121) Si potrebbe credere, che la stessa legge Cincia avesse creato in parte questo sistema. Ma un tal supposto è altrettanto inverosimile che inutile.

eccessiva resa perfetta[122]; ma d'altro canto dedusse altresì, che se la donazione non era ancor perfetta, e il donante poteva a un qualche titolo ripigliare la cosa, gli tornava utila il farlo. Ciò appariva nelle seguenti applicazioni. Se altro non si era ancor fatto che stipulare, il donante poteva respingere l'azione ad eseguimento del donatario coll' eccezione della legge Cincia[123]. Se la donazione già era mandata ad effetto, occorrevano parecchie distinzioni. O la donazione versava sopra una *res mancipi* che già era mancipata, ma non ancor tradita, e il donante poteva ritenerla e contrapporre al donatario, se agente, la suddetta eccezione[124]. O la cosa era tradita, ma non mancipata, e in questo caso, se già non era usucatta. il donante la poteva vindicare ed eliminar l' eccezione del donatario colla replica della legge Cincia. Laonde nelle *res mancipi* due cose si richiedevano alla perfezione della donazione: la mancipazione (od in sua vece l'usucapione) e la tradizione. Nelle *res nec mancipi* bastava la tradizione[125]. In amendue i casi però, quando la cosa era mobile, il donante poteva ancora tentare una via, cioè l'*interdictum utrubi*, seppure il donatario già non l'aveva posseduta per oltre la metà di un anno[126]. Non prima adunque della decorrenza di questo termine la donazione

(122) Nè a ciò contraddice *fragm. Vatic.* § 266, *fr.* 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5), *fr.* 5. § 5. D. *de doli exc.* (44. 4). Vedi Bruns p. 120.

(123) *Fragm. Vatic.* § 310.

(124) *Fragm. Vatic.* § 310, *fr.* 5. § 2. D. *de doli except.* (44. 4).

(125) *Fragm. Vatic.* § 293. 259. 311. 313.

(126) Gajus IV. 148-152.

veniva fatta per ogni parte sicura [127]. Ma i diritti sanciti dalla legge Cincia svanivano se il donante era morto senza aver rivocato la donazione [128]. Questa legge inoltre aveva eccettuato certe persone, fra cui le donazioni di qualunque maniera si governavano colle regole ordinarie sopra citate [129]. Le quali persone erano i cognati fino a un certo grado, incondizionatamente quando la donazione era per ragion di dote, i prossimi congiunti ed altri [130]. Quanto tempo durasse la legge Cincia sotto gl'imperatori e come fosse abolita, s'ignora [131].

581. Nel diritto antico la stipulazione, con cui taluno donava tutto il suo, era valida, purchè non eccedesse la misura legale o fosse seguìta fra persone eccettuate; ma l'esecuzione non poteva aver luogo che partitamente con altrettante mancipazioni o tradizioni [132]. Naturalmente vi si aggiunse più tardi la pubblica registrazione. Dessa è pur voluta a ragion di persona dal diritto Giustinianeo; ma pel rimanente basta, come in altre donazioni, una convenzione informe [133].

582. La revoca delle donazioni era governata sotto certi rapporti da disposizioni speciali [134]. Le cose do-

(127) *Fragm. Vatic.* § 293. 311. Vedi in proposito SAVIGNY *System* IV. § 165. nota *f*.

(128) *Fragm. Vatic.* § 259. 266. 294. 312.

(129) *Fragm. Vatic.* § 293. 310. 311.

(130) *Fragm. Vatic.* § 298-309.

(131) L'ultima menzione è dell'anno 319, *c.* 4. C. Th. *de donat.* (8. 12). Giustiniano ne parla come di cosa da lunghissimo tempo abolita, *nov.* 162. *c.* 1.

(132) *Fragm. Vatic.* § 263, *Consult. veter. ICti* § VI. *const.* 1.

(133) *C.* 35. § 4. 5. C. *de donat.* (8. 54).

(134) Vedi SAVIGNY *System* IV. § 168.

nate dal patrono al suo manomesso potevano in ogni tempo, per ragion del vincolo che l'uno all' altro stringeva, esser riprese [135]. Ma questo diritto fu più tardi ristretto al caso d'ingratitudine, o di sopravvegnenza al donante, in addietro improle, di figli [136], e la revoca per ingratitudine, lasciata già prima nelle donazioni dei genitori ai figli [137], fu da ultimo accomunata a tutte le donazioni [138].

—

CAPITOLO XV.

MEZZI DI ASSICURAZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

583. L'assicurazione comune delle obbligazioni stava riposta nella severità dell'esecuzione giudiziale. Il debitore condannato all'adempimento poteva nel caso estremo essere addetto schiavo al creditore che ne chiedeva la condanna. Ciò accadeva non pure nei debiti a danaro contante, ma in ogni obbligazione apprezzabile in danaro [1]. Ma oltre a questo, vi era nel dritto antico un mezzo speciale di assicurazione per Nesso (*nexum* o *nexus*) [2]. Intorno a questo vocabolo gli au-

(135) *Fragm. Vatic.* § 272. 313.
(136) *C.* 1. 8. C. *de revoc. donat.* (8. 56).
(137) *C.* 1. 2. 4. 6. C. Th. *de revoc. donat.* (8. 13).
(138) *C.* 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56).
(1) Per più ampi particolari vedi il libro della Processura.
(2) Gli scrittori moderni che ne trattano sono: NIEBUHR *Röm. Gesch.* I. 637-644. II. 667-673. III. 178-181, C. von SAVIGNY *über das altrömische Schuldrecht.* Berlin 1834, A. von SCHEURL *vom Nexum.* Erlangen 1839, C. SELL *de iuris Romani nexo et mancipio.* Brunsv. 1840, C. van HEUSDE *de*

tichi giureconsulti già discordavano, ed assegnavanle una significazione qual più qual meno larga [3]. Gli uni comprendevano in esso tutti i negozi in cui si faceva uso della stadera e del rame, onde anche il mancipio [4]; gli altri indicavano con esso quei soli negozi, in cui l'uso di tal forma era volto ad uno scopo obbligatorio [5]. Ma sì gli uni che gli altri ammettevano concordemente, che giusta la consuetudine antica, confermata dalle dodici tavole, tutte le clausole sancite in quella forma volevano essere adempiute rigorosamente [6]. Quindi è che il debitore soggetto al nesso non poteva disdire al creditore il diritto di trarlo subitamente con sè, quando non pagasse all'epoca della scadenza, e di farlo, sino all'estinzione del debito, lavorar per suo conto come uno schiavo [7]. Il debitore così trattato alla scadenza si chiamava *nexus*; col che però non si dee supporre che fosse incatenato [8]. Questo diritto del creditore colpiva pure i figli

lege Pœtelia Papiria. Trai. ad Rhen. 1842; Bachofen *das Nexum*. Basel 1843, nella qual dissertazione sono dottamente discusse e confutate le diverse opinioni, e Huschke *über das Recht des Nexum*. Leipzig. 1846.

(3) Varro *de ling. lat.* VII. 105, Festus *v. Nexum*, Cic. *de orat.* III. 40.

(4) Vedi § 532.

(5) Altro non si può sapere nell'oscurità e generalità dei termini usati da Varrone; e gli autori sopracitati vi hanno indarno speso le loro fatiche.

(6) Festus *v. Nuncupata. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto.* — Che ciò stesse scritto nelle dodici tavole, ne fa fede Cic. *de orat.* I. 57.

(7) Varro *de ling. lat.* VII. 105; Liv. II. 23. 24. 27. VII. 19. VIII. 28; Dionys. IV. 9. 10. V. 53. 69. VI. 23. 26. 29. 37.

(8) Onde ben poteva essere, che *nexu vincti* stessero in foro, o andassero in giro fuor delle case dei loro creditori, Livius II. 23. 24.

e nipoti di casa del debitore[9]. L'applicazione più ovvia di una tal clausola cadeva nel prestito a contanti, in cui effettivamente ne' primi tempi il danaro si pesava colla bilancia in presenza di cinque testimoni e del libripende[10]. Ma ogni altro debito preesistente di danaro poteva pur essere ridotto in forma di nesso, ed afforzato con tal promessa[11]; nel qual caso la stadera si adoperava per mero simbolo[12]. Questa forma era fuor di dubbio la condizione ordinaria, sotto cui il duro creditore dava a' suoi debitori l'ultimo respiro, trascorso il quale poteva senz' altro acchiapparli. Se il debitore faceva opposizione, conveniva di certo ricorrere al braccio della giustizia; ma ad ottenerlo, bastava allegare l'esistenza della promessa passata col nesso, e ciò per mezzo, ove d'uopo, dei testimoni, senza necessità di entrar nel merito della quistione. Nel che giace la vera differenza, generalmente non avvertita, del nesso dall'addizione od aggiudicazione ordinaria, la quale presupponeva sempre una diligente inchiesta dell'origine del debito[13]. Ma per

(9) Livius II. 24; Dionys. VI. 29. 37.

(10) Questa forma si ritrae da Gajus III. 174.

(11) Ne dà un esempio Liv. VIII. 28. La somma così promessa si diceva *nexum æs*, Festus *v. Nexum*.

(12) Contro a quest'applicazione simbolica, ammessa anche da Savigny, si dichiara Bachofen p. 57-61. 69. 70, senza però darne una ragione appagante.

(13) Questa nostra proposizione, oltre all'aver per sè una intrinseca coerenza, vien comprovata dal passo, accuratamente meditato, di Dionys. VI. 83. Quest'autore distingue tre classi di debitori; di quelli che ancora attendevano il giorno della scadenza; di quelli che sopraggiunta la scadenza si devolvevano ai creditori, epperò dei *nexi*; e per ultimo di quelli che in controversie civili (δίκαις ἰδίαις, che erroneamente Niebuhr I. 638 interpreta dei soli delitti privati) ve-

ciò appunto il nesso poteva di leggieri velar negozi usurarii, ondechè venne in questo rispetto abolito (A. 429) dalla legge Petelia, e vietato all'avvenire di vincolar per contratto altro che i beni [14]. Questa legge però non toccò dell'addizione giudiziaria, che rimase così permessa fino a tarda età [15], e solo vietò contro l'addetto l'uso dei ceppi alle mani od ai piedi [16]. Del rimanente le opinioni degli scrittori moderni sopra il nesso e le sue attinenze sono disparatissime [17].

nivano condannati e aggiudicati (*addicti*) ai loro creditori. Anche in altri passi è fedelmente distinta l'esecuzione diretta per ragion di συμβόλαιον, συνάλλαγμα, o *nexus*, e quella portata dalla *res iudicata*, Dionys. v. 69. vi. 24. 37. Solo a quest'ultima accenna Liv. vi. 14. 20. 34. 36.

(14) Liv. viii. 28; Cic. *de re publ.* ii. 34; Dionys. *fragm.* xvi. 9; Varro *de ling. lat.* vii. 105. — Niebuhr iii. 178. 343 riporta quella legge all'anno 440.

(15) Ciò sarà dimostrato nella Processura.

(16) Liv. viii. 28.

(17) Niebuhr fu il primo a segnare la vera via nella distinzione tra il nesso e l'addizione ordinaria. Ma egli non la seguitò sino al punto decisivo, e pose per fondamento del nesso, ad esempio di Salmasio, l'idea di vendita e oppignorazione della propria persona. Dopo lui altri ancora tennero dietro a tal concetto, ed in ispecie Zimmern, Unterholzner, e Puchta; ma la sua erroneità venne posta in chiaro da Savigny. Sell appoggiato ad un'emendazione molto arrischiata di Varrone dice, che ogni nesso inchiude un mancipio; ma, ad esempio di Scheurl, egli pone per loro obbietto non già la persona, ma le opere. Il soverchio artificio e l'insostenibilità di una tale opinione fu resa evidente da Bachofen p. 21-27. 64-68. Degno specialmente di nota è il modo con cui Sell p. 54-56. tenta di rimuovere l'obbiezione, che le *operæ*, come *res nec mancipi*, non si potevano mancipare, ma solo cedere *in iure*. Ma affatto diversa è l'opinione di Savigny. Egli sostiene, che l'addizione giudiziale in ischiavitù non era possibile in origine che per un debito a contanti, e quando un debito diverso veniva artificialmente pareggiato coll'inclusione in un nesso ad un debito a contanti. Soggiunge, che la possibilità di una simile

584. Un altro mezzo generale di assicurazione consisteva nella promessa formale dell'obbligato di far l'atto o la prestazione dovuta; la qual promessa poteva aver luogo in ogni specie di rapporti giudiziali od estragiudiziali [18]. Il giuramento all'incontro non influiva per niente sulla natura giuridica della promessa giurata [19], e solo serviva di stimolo alla coscienza. Da questa massima però era eccettuata la promessa di servigi del manomesso verso il suo patrono [20]. Più tardi gl'imperatori tennero pur conto in varii casi del giuramento [21].

585. Un modo usitatissimo di assicurazione stava nella prestazione di mallevadori. Costoro, secondo le espressioni usate nel contratto, erano o sponsori o fidepromissori o fideiussori [22]. I due primi si differenziavano dagli ultimi in quanto non mallevavano che le obbligazioni verbali, laddove questi potevano suffragare un'obbligazione anche solo naturale [23]. Ma tutti convenivano in ciò, che il debitore porgente malleve-

inclusione cessò col divieto della legge Petelia; che quindi l'esecuzione per addizione non rimase da quell'ora permessa che in fatto di debiti realmente a contanti, e che a questi soli accenna la menzione che posteriormente se ne fa. Ma quest'opinione non regge, perchè, come sarà dimostrato nella processura, l'addizione era possibile sì prima che dopo, e per debiti di qualsivoglia specie. Finalmente Van Heusde tiene il nesso per lo stato che nasce dall'addizione; e dice che questa fu dalla legge Petelia abolita, e non più permessa che l'esecuzione sui beni.

(18) *Fr.* 1. 2. D. *de stipul. prætor.* (46. 5), *fr.* 5. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1), *tit.* J. *de divis. stipul.* (3. 18).

(19) *Fr.* 7. § 16. D. *de pact.* (2. 14).

(20) Gajus *epit.* II. 9. § 4, *fr.* 44. D. *de liber. caus.* (40. 12), *fr.* 7. pr. § 1. 2. 3. D. *de oper. libert.* (38. 1).

(21) C. 1. C. *si adv. vendit.* (2. 28).

(22) Gajus III. 115. 116.

(23) Gajus III. 118. 119.

ria doveva far nota pubblicamente la somma per cui, e il numero dei mallevadori [24]. Una legge Cornelia aveva eziandio stabilito per tutti essi indistintamente, che niuno potesse nello stesso anno star pagatore per uno stesso debitore, e di fronte ad uno stesso creditore, di oltre ventimila sesterzi [25].

586. L'effetto della malleveria nel diritto antico era severissimo. Il creditore poteva a talento rivolgersi ai sigurtà od ai debitori principali; ma questi scegliendo, rimanevano quelli esonerati [26]. L'uno [27] e l'altro principio venne più tardi modificato [28]. Dovendo il sicurtà pagare, poteva esigere dal debitore principale coll'azione a mandato un'indennità; gli sponsori avevano inoltre colla legge Publilia l'*actio depensi*, fornita di quasi tutte le prerogative dell'*actio judicati* [29]. Se più erano i mallevadori di un debito, ognuno poteva a scelta del creditore venir azionato pel tutto, e quegli, sopra cui cadeva l'azione, non aveva diritto a ripetere che contro il debitore. Ma la legge Furia stabilì fra gli sponsori e fedepromissori una divisione delle azioni, ed un'epistola di Adriano accomunò anche il peso ai fideiussori, purchè atti al pagamento [30]. Già prima della Furia una legge Apuleia aveva dato agli sponsori e fidepromissori uno scambievole regresso per il pagato da uno oltre la sua tangente; il qual diritto in

(24) Gajus iii. 123.
(25) Gajus iii. 124. 125.
(26) Cic. *ad Attic.* xvi. 15; Paul. *sent. rec.* ii. 17. § 16. La ragione di ciò si desume da Gaius iii. 180. 181.
(27) C. 4. C. *quando fisc.* (4. 15), *nov.* 4. *c.* 1.
(28) C. 28. C. *de fideiuss.* (8. 41).
(29) Gajus iii. 127. iv. 9. 22. 102. 171. 186.
(30) Gajus iii. 121.

provincia si mantenne anche dopo la legge Furia stata solamente promulgata per l'Italia. Ma più tardi l'epistola di Adriano venne pure estesa alle provincie, e così reso superfluo il diritto della legge Apuleia. Ciò nullameno rimaneva pur sempre la differenza, che in Italia l'insolvenza di uno degli sponsori o fidepromissori ricadeva, secondo la legge Furia, a danno del creditore, laddove nelle provincie si quelli che i fideiussori dovevano accollarsi la quota del mancante [31]. Ancora, l'obbligazione degli sponsori e fidepromissori non passava agli eredi; anzi pure nella persona del mallevadore non durava in Italia, secondo la legge Furia, che un biennio; le quali due cose nei fideiussori non avevano luogo [32]. Nel diritto Giustinianeo però tutte queste differenze svanirono, nè più si parla che di fideiussori [33]. Le malleverie e generalmente le intercessioni di una donna erano da poi Augusto pel marito, e col senatoconsulto Velleiano sotto Claudio per entrambi i coniugi invalide, salve alcune lievi modificazioni [34].

587. Finalmente tra i mezzi d'assicurazione viene anche il pegno. Vestiva questo tre forme: di fiducia, di pegno manuale e d'ipoteca [35]. Colla fiducia [36] si trasferiva nel creditore la proprietà quiritaria insino al riscatto dentro il termine divisato [37];

(31) Gajus III. 121. 122; Paul. *sent. rec.* I. 20. § 1.
(32) Gaius III. 121.
(33) *Tit.* J *de fideiuss.* (3. 20).
(34) *Fr.* 1. D. *ad. SC. Velleian.* (16. 1), *c.* 24. C. *ad SC Velleian.* (4. 29), *nov.* 134. *c.* 8.
(35) Queste tre, l'una dopo l'altra, nomina Isidor. *Orig* v. 25.
(36) Vedi in proposito § 570.

ma il debitore poteva rimanersi nel possesso come fittaiuolo o per atto di grazia, ed un' usurecepzione tutta particolare gli agevolava il riacquisto del dominio quiritario [38]. Questa era forse la forma che pur si usava nelle assicurazioni verso lo Stato con pegni e mallevadori [39]. Queste assicurazioni pubbliche erano l'oggetto di disposizioni speciali di legge dette in complesso Ragione prediatoria [40]; e ad esse in ispecie si riferiva un' usurecepzione al tutto singolare, e appartenente al proprietario spropriato dello stabile oppignorato contro il prediatore che sen era fatto deliberatario dal popolo [41].

388. Molto meno circostanziato è il pegno manuale, con cui si dà senz'altro in mano del creditore la cosa a titolo pignoratizio. Questa pratica è così ovvia, che si può credere la solita in cose mobili. Ma oltremodo semplice è l'ipoteca, con cui per nudo patto si assegna al creditore una cosa a cui possa attenersi. Fu questa probabilmente improntata dai Romani al diritto de' peregrini [42]. Ma il patto come tale non valeva che durando la cosa nel dominio del debitore, e contro i terzi acquisitori non ingenerava azione. Un simile effetto gli venne dato una volta dal pretore Servio, e più tardi fu nell'editto esteso a tutte le ipoteche [43]. In modo analogo sorse a pro delle ipoteche

(37) S' esso era scaduto, si diceva *commissa est fiducia*, Cic. *pro Flacco* 21.
(38) Gajus II. 60. III. 201.
(39) *Prædibus et prædiis*, Liv. XXII. 60, Festus *v. Præs*, *Manceps*, Varro *de ling. lat.* V. 40. VI. 74;(Ascon.) *in Verr.* I. 54. 55.
(40) *Jus prædiatorium*, Cic. *pro Balbo* 20, *ad Attic.* XII. 14. 17; Valer. Max. VIII. 12, 1; Sueton. *Claud.* 9.
(41) Gajus II. 61.
(42) Cic. *ad famil.* XIII 56.

un'azione possessoria, cioè l'interdetto Salviano [44]. Nel pegno manuale, dove tuttavia l'azione contro terzi non aveva un carattere di necessità così assoluto, venne egualmente introdotta l'azione quasiserviana [45]. Fuori di ciò il pegno manuale e l'ipoteca avevano in sostanza gli stessi caratteri.

589. Il concetto fondamentale dell'uno e dell'altra è, che la cosa stessa è obbligata alla ragion di credito, e deve, occorrendo, starne pagatrice. Donde nasce in sostanza che il creditore può agire a conversione in danaro della cosa per mezzo di vendita [46]. Nell'interesse però del debitore, la vendita dee seguire ai pubblici incanti, sotto certe formalità [47]. In addietro si poteva convenire, che trascorso il termine la cosa senz'altro si devolvesse al creditore in estinzione del debito; ma da Costantino in poi questa *lex commissoria* è nulla [48].

590. Le ipoteche non sempre presupponevano un patto espresso, e si davano casi in cui il creditore acquistava ipoteca tacitamente e di pien diritto. Di questi casi già ne registrano i giureconsulti del secolo secondo [49]; ed altri non pochi, per opera special-

(43) § 7. J. *de action.* (4. 6), Theophil. iv. 6 § 7.

(44) Gajus iv. 147, § 3. J. *de interd.* (4. 15), *fr.* 1. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33), *c.* 1. C. *de precar.* (8. 9).

(45) § 7. J. *de action.* (4. 6), Theophil. iv. 6. § 7. A quest'azione si riferiscono i *fr.* 16. § 3. *fr.* 17. D. *de pignor.* (20. 1).

(46) Gajus ii. 64; Paul. *sent. rec.* ii. 13. § 5, *fr.* 4. D. *de pigner. act.* (13. 7).

(47) Sueton. *Claud.* 9, *c.* 4. C. *de distr. pign.* (8. 28), *fr.* 63. § 4. D. *de acq. rer. domin.* (41. 1), *c.* 3. C. *de iure domin. impetr.* (8. 34).

(48) C. 3. C. *de pact. pign.* (8. 35).

(49) *Fr.* 4. 7. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2).

mente di Giustiniano, se ne introdussero con senatoconsulti o costituzioni imperiali. Sì fatte ipoteche legali e convenzionali potevano anche gravare l'intero patrimonio, ossia rendere tutti gli acquisti del debitore, comunque alienati di nuovo, soggetti ad ipoteca[50]. Ma con ciò tanto maggiore si faceva il pericolo, che un terzo inscientemente comperasse una cosa e quindi sen vedesse spogliato coll' azione ipotecaria. Il più sicuro rimedio a tal rischio sarebbe stata l'inscrizione delle ipoteche in pubblici registri; ma i Romani nol sepper cogliere, e si contentarono di minacciar pene al debitore che vendesse la cosa tacendo le ipoteche sovr'essa esistenti[51]. Altra collisione nasceva allorchè la stessa cosa si trovava contemporaneamente ipotecata a diversi creditori. Secondo i principii volgari del diritto la precedenza toccava naturalmente al più anziano. Ma la giurisprudenza[52], ed anche in parte i diritti d'alcune provincie[53] produssero eccezioni, che le costituzioni imperiali, a favore sopratutto delle ragioni del fisco[54], estesero grandemente. Cionullameno l'antica regola continuò ad essere in vigore. Ma in allora mostrossi la frode; chè il debitore poteva designare l'ipoteca d'un creditore come più antica del vero. Onde ovviare a tale inganno, l'imperatore Leone immaginò di rendere più solenne il patto ipotecario, e decretò, che fra le ipoteche convenzionali avessero assolutamente la preferenza quelle che fossero costi-

(50) *Fr.* 47. pr. D. *de iure fisci* (49. 14).
(51) *Fr.* 3. § 1. D. *de stellion.* (47. 20).
(52) *Fr.* 5. D. *qui potior.* (20. 4).
(53) PLINIUS *epist.* X. 109. 110.
(54) V. in proposito KLENZE nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft* vol. VIII. n. XIII.

tuite per atto autentico o sottoscritto da tre testimoni [55].

CAPITOLO XVI.

ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

391. L'obbligazione si estingue colla prestazione dell'oggetto dovuto; nel qual caso si rende come se mai non avesse esistito [1]. Rifiutando il creditore senza motivo di accettare la cosa, poteva questa depositarsi presso un pubblico funzionario, al qual effetto si eleggeva per ordinario un tempio, e il debitore restava esonerato [2]. Se l'oggetto dovuto era determinato in numero e peso, nel pagamento si adoperava la bilancia [3]. La supputazione e riduzione che lo Stato decretava talvolta per alleviare i debitori era un modo di soluzione eccezionale e propriamente violento [4].

392. L'obbligazione può inoltre sciogliersi per consenso reciproco, senza pagamento, a patto però che la forma di scioglimento corrisponda pienamente a quella

(55) C. 11. C. *qui potior.* (8. 18).

(1) Gajus III. 168, pr. J. *quib. mod. obl. tollit.* (3. 29).

(2) Cic. *ad famil.* V. 20. XIII. 56, *ad Att.* V. 21, *fr.* 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4), *fr.* 28. § 1. D. *de admin. et peric. tut.* (26. 7), c. 6. 9. 19. C. *de usur.* (4. 32).

(3) Liv. VI. 14. Quinci la *nexi liberatio*, Festus *v. Nexum.* Bachhofen *Nexum* p. 148-159 considera la *solutio per æs et libram* e la *nexi liberatio* come due cose diverse. Ma questo concetto è erroneo. *Nexi liberatio* non dicesi, come egli opina, l'estinzione di un debito comprovato col nesso, sia che si adoperasse o non *æs et libra*, ma significa un atto di liberazione, in cui si usa la bilancia e il rame, sia ciò effettivamente, sia simbolicamente.

(4) Vedi § 185.

di composizione[5]. Laonde le obbligazioni contratte per nudo consenso si sciolgono per nudo dissenso[6]. All'incontro la stipulazione deve aver per contrapposto un'accettilazione egualmente solenne[7], e l'obbligazione contratta in forma di nesso una soluzione immaginaria vestita di egual forma, il qual principio si applica pure ad altri casi[8]. Quanto alle obbligazioni nascenti da contratti reali e delitti, non esisteva forma di soluzione direttamente contraria[9]; e *solo* ne vanno eccettuati il furto e le ingiurie, dove il semplice patto, che altrimenti non produce che un'eccezione all'azione, annullava, in conseguenza dell'antico giure civile, la stessa obbligazione[10].

593. Altro modo di estinzione dell'obbligazione è la novazione, ossia la formazione di un'obbligazione nuova sulla stessa materia dell'antica, e nell'intento di cancellar quest'ultima. Ciò si poteva fare in due maniere: o lasciando sussistere la nuova obbligazione fra le stesse persone di prima, o surrogando un debitore o creditor nuovo[11]. Di questa maniera si aveva pure il mezzo di trasferire un'obbligazione in un altro[12]. Ma la novazione doveva sempre essere inchiusa

(5) *Fr.* 80. D. *de solut.* (46. 3), *fr.* 35. D. *de regul. iur.* (50. 17).
(6) *Fr.* 58. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 5. D. *de rescind. vend.* (18. 5), *fr.* 80. D. *de solut.* (46. 3), § 4. J. *quib. mod. obl. tollit.* (3. 29).
(7) Gaius iii. 169-172, § 1. J. *quib. mod. obl. tollit.* (3. 29).
(8) Gajus iii. 173. 174. 175; Cic. *de legib.* ii. 20. 21; Festus *v. Nexum.*
(9) Onde anche l'accettilazione non soccorreva che *ope exceptionis*, *fr.* 8. § 3. *fr.* 19. pr. D. *de acceptil.* (46. 4).
(10) *Fr.* 7. § 14. *fr.* 17. § 1. *fr.* 27. § 2. D. *de pact.* (2. 14), *fr.* 17. § 16. D. *de iniur.* (47. 10).
(11) *Fr.* 1. 2. D. *de novat.* (46. 2), Gajus iii. 176-179, § 3. J. *quib. mod. obl. tollit.* (3. 29), *c.* 8. C. *de novat.* (8. 42).
(12) Gajus iii. 38. 39, *fragm. Vatic.* § 260.

in un contratto formale, cioè in un nesso[13], in un contratto letterale[14], od in una stipulazione. Nel che si aveva pure un mezzo per sciogliere del tutto le obbligazioni nascenti da contratti reali e delitti, mediante cioè la loro fusione per stipulazione in una nuova obbligazione, e l'annullamento di questa per accettilazione. Anzi, tenendo una tal via, si poteva ridurre più obbligazioni fondate su titoli affatto diversi in una sola somma, e annullarle d'un colpo. La formola a ciò voluta si chiamava dal suo inventore Aquilio Gallo, contemporaneo di Cicerone, stipulazione aquiliana[15]. Alla novazione vuolsi pur ragguagliare l'estinzione dell'obbligazione per contestazione di lite, della quale si farà ulterior parola nella processura[16].

594. Oltre agl'indicati casi, in cui l'obbligazione si annienta gradatamente, hannovene altri in cui questa figura come sussistente, ma si rende invalida per mezzo d'un'eccezione[17]. Questa differenza tornava in giudizio di gran rilievo. Imperocchè nel primo caso lo stesso giudice doveva rilevar d'ufficio l'allegata nullità, siccome quello cui appunto toccava conoscere, se il convenuto era o non era debitore. Nel secondo caso il contegno del giudice dipendeva da parecchie distinzioni[18]. Secondo i titoli d'origine, simili eccezioni si appresentano a guisa di obbligazioni,

(13) Vedi § 583.
(14) Gaius III. 128. 129. 130.
(15) § 2. J. *quib. mod. obl. tollit.* (3. 29), *fr.* 2. 4. 5. 15. D. *de transact.* (2. 15).
(16) Gajus III. 180. 181, *fr.* 29. D. *de novat.* (46. 2).
(17) Questa distinzione è menzionata nel *fr.* 112. D. *de req. iur.* (50. 17), Gajus III. 168. Ne dà esempi Gaius IV. 116, pr. § 1-6. J. *de except.* (4. 13).
(18) Di ciò si farà ancora parola nella Processura.

e niente poteva ingenerare un' eccezione, se quest' effetto non era sancito dal diritto positivo. Quindi le eccezioni, come le obbligazioni, erano date o dal diritto civile o dal pretoriano [19], e nel primo caso avevano per base od un principio un po' artato di ragion civile [20] od una considerazione generale di equità [21]. L'eccezione opera, secondo la qualità dei rapporti, od unicamente contro il diritto d'azione che la fronteggia, sì che l'obbligazione ritiene il suo essere naturale, o toglie a questa ogni valore [22]. Nell' ultimo caso l' obbligazione non è più in fatto che un nome vuoto [23].

593. Un modo di estinzione per eccezione è pur la compensa; nel che però correva una distinzione. Se l'azione principale era un'*actio bonæ fidei*, lo stesso giudice doveva, se fondata sopra lo stesso titolo, e più tardi anche sopra un titolo diverso, rilevar la compensa d'ufficio [24], e dal punto in cui le domande s'urtavano, riguardarle come assorbentisi di pien diritto [25]. Se al-

(19) GAJUS IV. 118, § 7. J. *de except.* (4. 13).

(20) Come l'*exceptio SC. Macedoniani.*

(21) Come l'*exceptio SC. Velleiani* e *Trebelliani*, *fr.* 1. § 2. *fr.* 2. § 1. D. *ad SC. Vellei.* (16. 1), *fr.* 1. § 2. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1).

(22) *Fr.* 40. pr. D. *de cond. indeb.* (12. 6), *fr.* 9. § 5. *fr.* 10. D. *de SC. Maced.* (14. 5), *fr.* 16. § 1. D. *ad SC. Vellei.* (16. 1), *fr.* 42. D. *de iureiur.* (12. 2).

(23) *Fr.* 25. D. *de verb. obl.* (45. 1), *fr.* 95. § 2. D. *de solut.* (26. 3).

(24) GAJUS IV. 61. 62. 63; PAUL. *sent. rec.* II. 5. § 3, § 30. J. *de act.* (4. 6). Nel § 39. J. *eod.* si sono per errore lasciate le parole di Gaio: *ex eadem causa.* A ragione Teofilo le lascia fuori.

(25) *C.* 4. C. *de compens.* (4. 31). *Ipso iure* non è qui detto per contrapposto di *per exceptionem*; solo significa, che il compenso va da sè, senza alcun atto delle parti. Così pure nel *fr.* 4. 10. pr. D. *de compens.* (16. 2).

l'incontro l'azione era *stricti iuris*, e la domanda appariva fondata, conveniva pagare, senza far considerazione della domanda nata in contrario. Questa considerazione fu per la prima volta ammessa da Marco Aurelio in forma di eccezione per dolo [26], ed in ultimo Giustiniano permise la compensa in tutti quanti i casi, non escluse neppure le azioni reali [27]. Specie particolari di compensa erano la deduzione tra l'argentario e colui col quale egli aveva un conto aperto, non che la deduzione che si opponeva al deliberatario di una massa di concorso per parte del costei debitore che a sua volta aveva sovr'essa qualche ragion di credito [28].

CAPITOLO XVII.

SUCCESSIONE PER TESTAMENTO.

596. Un ramo importantissimo del diritto reale è quello che concerne il governo dei beni di un defunto. Il diritto romano ebbe l'occhio sin da'primi tempi a che le relazioni d'interesse di un defunto avessero la lor seguenza nel sucoessore colle minori mutazioni possibili, e come se fosse quello ancor vivente. Quest'idea è il perno del giure successorio di Roma [1]. Chi poi

(26) § 30. J. *de act.* (4. 6).
(27) *C.* 14. C. *de compens.* (4. 31), § 30. J. *de act.* (4. 6). È dubbio, cosa s'intenda in questi passi per *ipso iure*. Vedine nel *Rhein. Museum* I. 272-279 una sottile spiegazione di Bethmann-Hollweg.
(28) Gajus IV. 64-68.
(1) *Fr.* 24. D. *de verb. sign.* (50. 16).

dovesse essere questo successore, ossia l'erede, almeno dopo la legge delle dodici tavole, poteva dichiararlo preventivamente con tutta libertà ogni cittadino, e il suo volere, semprechè fosse espresso nella forma prescritta, si osservava religiosissimamente. Questa formale dichiarazione si chiamava testamento [3]. Laonde niuno poteva essere fatto erede per atto non solenne o per convenzione [4]. In difetto di testamento veniva la successione legale. Finalmente un terzo caso era pur possibile, che cioè vi esistesse bensì una espressione di ultima volontà, ma fosse per certe ragioni suscettiva di contestazione.

597. Il diritto civile antico formava la base delle disposizioni di legge per tutti tre i casi. Ma anche in ciò il giure pretoriano s'intruse in modo particolare, avvegnachè l'editto offrì in date circostanze a chi si presentava il possesso d'un'eredità, ed accoppiò a un tal possesso effetti giuridici. Così ebbe origine, oltre alla successione per ragion civile, il sistema successorio della *bonorum possessio* [5]. I casi in cui questo si attuava concordavano in parte col sistema di successione per ragion civile, cosichè lo stesso erede civilista poteva invocare, per arrivar più presto al possesso dell'eredità, il diritto pretoriano; ma in parte uscivano fuori di quel diritto, perchè in difetto di eredi civilisti, od anco in lor presenza, l'editto offriva ad altri il possesso, subordinandolo alla

(2) ULPIAN. XI. 14; GAJUS II. 224; CIC. *de invent.* II. 50.

(3) *Fr.* 1. D. *qui testam. fac.* (28. 1), ULPIAN. XX. 1.

(4) Non si faceva eccezione che a favore dei soldati, c. 19. C. *de pact.* (2. 3).

(5) Gli scritti più recenti intorno a quest'argomento sono: FABRICIUS *Ursprung der bonorum possessio*. Berlin 1837, e LEIST *die bonorum possessio*, Göttingen 1844.

priorità nella domanda [6]. Siffatte disposizioni giacevano nell'editto fin dai tempi di Cicerone; ma come e quando nascessero non ci è dato sapere [7]. Più tardi anche le costituzioni imperiali s'intrusero nel diritto successorio, e proseguirono l'opera iniziata dall'editto. Questi tre elementi, il giure civile antico, il giure pretoriano, e il giure civile nuovo ricorrono ad ogni passo.

598. Per ciò che riguarda la prima foggia di successione, cioè il testamento, questo in origine si condeva nei comizi delle curie, che a tal effetto unicamente si convocavano due volte l'anno [8]. Se quivi al testamento andasse unita, come nelle arrogazioni, un'inchiesta ed una ratificazione, o se, com' è più probabile, così si praticasse soltanto per averne una solenne testimonianza, non è possibile accertare. Un'altra antica forma di testamento era la dichiarazione in faccia all'esercito parato a combattere [9], in mezzo agli auspici e ai riti religiosi che in tale occorrenza avevano luogo [10]. Anche un plebeo poteva

(6) Quinci la distinzioue di *bonorum possessio cum re*, e *sine re*, GAJUS II. 148-149. III. 35-38; ULPIAN. XXIII. 6. XXVI. 8. XXVIII. 13.

(7) I varii tentativi fatti in proposito sono registrati da LEIST p. XXIII-XXXVI, e DANZ *Geschichte des röm. Rechts* II. § 150.

(8) GELLIUS XV. 27, GAJUS II. 101; THEOPHIL. II. 10. § 1. Vedi § 22. nota 64.

(9) GAJUS II. 101; THEOPH. II. 10. § 1; FESTUS *v. In procinctu*, PLUTARCH. *Coriolan.* 9, VELL. PAT. II. 5.

(10) Negli Scoliasti a Virgilio editi nel 1818 da Angelo Mai si trova un passo a ciò relativo, che Blume ha ridotto a miglior lezione coll'appoggio stesso del manoscritto. SABIDIUS *Commentar.* XII. *salior.* « *Ut in exercitu . . . in imperiumque, erat in tabernaculo in sella sedens auspicabatur coram* » *exercitu, pullis e cavea liberatis . . . cum circa sellam suam* » . . . ob*nuntiato a . . . pullum . . . mum quisquis . . . tri-*

testare in questa forma: diversamente, almeno in antico, no. Ma egli ben poteva nel suo vivente trasferire ad un altro in forma di nesso la casa e il campo, e far da questi eseguire partitamente le sue volontà [11]. Di questo negozio si fece più tardi un vero testamento. Si ritenne la mancipazione, i cinque testimoni, il libripende e il compratore; ma in cambio di cedere a costui il patrimonio, si produceva una scrittura e si dichiarava solennemente, star ivi inchiusa l'ultima volontà [12]. Questa scritta veniva poi a futura convalidazione sottosegnata dai testimoni [13]. A tempo dell'impero, quest'ultima forma era la sola ancora in uso.

599. Ma nel frattempo era occorsa una grave modificazione. Il pretore aveva dichiarato nell'editto [14], che sopra un testamento, segnato almeno da sette cittadini romani come testimoni, benchè mancante nel resto delle formalità della mancipazione, egli avrebbe

» *pudi . . ntia. Silentio deinde facto, residebat et dicebat: Equi-*
» *tes et pedites nomenque Latinum quicunque cincti armati pa-*
» *ludatique adestis, sicuti tripudium sinistrum solistimum quisquis*
» *vestrum viderit . . . Deinde . . .* ob*nuntiato . . . uti placet*
» *a legionibus invocarentur, faciantque quod iis imperabitur*
» *fidemque m . . . ducat salutareque siet. Viros voca, prælium*
» *ineant. Deinde exercitu in aciem educto, iterum . . . tur. In-*
» *terim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere*
» *volebant* ».

(11) Gaius ii. 102; Theophil. ii. 10. § 1, Festus *v. Nexum, Nuncupata.*

(12) Gajus ii. 103-106; Ulpian. xx. 2-9; Theophil. ii. 10. § 1; Isidor. *Orig.* iv. 24.

(13) Ciò si desume da Sueton. *Tiber.* 23. *Nero* 17; Paul. *sent. rec.* iv. 6. §. 1. Che da bel principio fosse questo un requisito giuridico-civile, è dimostrato da Leist *die bonorum possessio* p. 155-167.

(14) Già ne parla Cic. *in Verr.* ii. 1,45.

dato la *bonorum possessio*[15]. Da principio questa disposizione non si riferiva che al caso in cui non esistessero eredi legittimi. Ma un rescritto di Antonino concesse, a possession presa, l'*exceptio doli* contro gli stessi eredi intestati, cosicchè una tal scrittura restò di poco inferiore a un testamento di ragion civile[16].

600. Le due forme testamentarie, ossia la civile con cinque testimoni e la mancipazione, in cui però si andò sempre con maggior rilassatezza, e la pretoriana con sette testimoni durarono lunga pezza a fianco l'una dell'altra[17]. Senonchè fra' testimoni era nata l'usanza di porre, oltre alla firma (*adscriptio*) presso il segno esistente sulla faccia esterna del testamento[18], la loro sottoscrizione nell'interno del

(15) Fabricius p. 121-125; Leist *historia bonorum possessionis secundum tabulas*. Goetting. 1841, e *bonorum possessio* dello stesso p. 143-200. portano un'altra opinione, seguendo la quale converrebbe in parte ordinare diversamente l'istoria della *bonorum possessio secundum tabulas*. Essi sostengono che l'editto supponesse nella concessione della *bon. poss. sec. tab.* un testamento fornito di tutti i requisiti del giure civile, la cui esistenza si presumesse dal pretore mercè l'obsignazione di sette testimoni, ma che, venendo dimostrata in contrario l'omissione delle forme di mancipazione, la conceduta *bon. poss.* cadesse nuovamente; che in conseguenza sia un errore il parlare di testamento pretoriano come di una forma particolare di testamento. — Ma questa opinione è combattuta dalla circostanza fatta palese da Savigny nella *Zeitschrift* I. 85, che cioè il testamento civile veniva segnato da cinque testimoni, e il pretoriano invece da sette. Anche Paolo nella *Collat. leg. Mos.* XVI. 3, 1. parla d'un *iure prætorio factum testamentum*.

(16) Ulpian. XXIII. 6. XXVIII. 6, Gajus II. 119-121. 147-151, § 2. J. *de testam. ordin.* (2. 10).

(17) Ciò è provato da c. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4), *nov.* Valentin. III. *tit.* XX. *de testam.* c. 1. § 2. 4; Isidor. *Orig.* IV. 24.

(18) A questa si applicano *fr.* 22, § 4. *fr.* 30, D. *qui te-*

medesimo[19], la qual cosa aveva in seguito condotto i testimoni a pigliar notizia del contenuto nel testamento, cagionando così varie difficoltà. A ciò ebbe l'occhio un decreto di Teodosio II. (A. 439), il quale rese bensì doverosa la sottoscrizione dei sette testimoni, ma lasciando in balia del testatore il comunicar loro il tenore del testamento[20]. Il numero settenario dei testimoni non per altro venne in quel decreto menzionato, che per essere la forma pretoriana divenuta la più volgare. Ma siccome Giustiniano lo inserì puramente e semplicemente nella sua raccolta, la forma testamentaria ivi indicata diventò in Oriente la sola valida[21]. Una nuova formalità aggiunta da Giustiniano[22] fu da lui stesso più tardi abolita[23]. Il decreto di Teodosio II venne eziandio pubblicato (A. 448) nell'impero Occidentale[24]; ma qui fu inteso nel suo senso originario, motivo per cui a fianco del testamento con sette testimoni si mantenne pur quello con cinque[25]. Ma oltre a queste forme Valentiniano III (A. 446) ordinò nel testamento olografo una forma di testare affatto nuova[26].

stam. facere (28. 1). Vedi SAVIGNY *Röm. Recht im Mittelalter* II. § 67.

(19) Già ne parla *c.* 3. C. Th. *de testam.* (4. 4).

(20) *Nov.* THEODOS. II. *tit.* XVI. *de testam.* § 1-5.

(21) *C.* 21. C. *de testam.* (6. 23), § 3. J. *de testam. ordin.* (2. 10). Vedi sopra questo fatto SAVIGNY nella *Zeitschrift* I. 78, HUSCHKE nella *Zeitschrift* XII. 201.

(22) *C.* 29. C. *de testam.* (6. 23), § 4. J. *de testam. ord.* (2. 10).

(23) *Nov.* 119. *c.* 9.

(24) Vedi § 424. nota 48. 49.

(25) Ciò è comprovato dai monumenti dell'età germanica. Vedi SAVIGNY *Zeitschrift* I. 90-92.

(26) *Nov.* VALENTIN. III. *tit.* XX. *de testam. c.* 2; ISIDOR. *Orig.* IV. 24.

601. Oltre al testamento scritto di gius civile, in cui la nuncupazione dell'erede si faceva indirettamente, cioè per accenno alla scrittura presentata, uno ancora se ne introdusse di ragion civile, orale[27], e così vero testamento nuncupativo[28], sopra cui si deferì ugualmente la *bonorum possessio* dell'eredità[29]. Ma le sette persone ivi intervegnenti per ragion della mancipazione si cambiarono man mano in sette testimoni ordinarii[30], e sotto questa forma il testamento orale serbossi financo nel diritto posteriore[31]. Di che poi nacque un'altra forma, cioè il dichiarare innanzi a un maestrato od alla curia civica le ultime volontà e farle registrare nel libro civico[32]. Del rimanente, oltre a tutte queste forme di diritto comune, vennero in uso sotto gli imperatori alcune forme speciali, fra cui il più antico e più favoreggiato fu il testamento dei soldati[33].

602. La capacità di testare era però ristretta per molti lati. Incapace era la persona soggetta a podestà, il pupillo e il mentecatto[34], il prodigo giudi-

(27) Vedi sopra questo punto controverso LEIST *bonorum possess.* p. 188-197.

(28) SUETON. *vita Horatii in fin.*, *fr.* 25. D. *qui testam. fac.* (28. 1), *fr.* 58. pr. D. *de hered. instit.* (28. 5), THEOPHIL. II. 10. § 14.

(29) *Fr.* 8. § 4. D. *de bon. poss. sec. tab.* (37. 11), c. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (6. 11), c 7. pr. C. Th. *de testam.* (4.4).

(30) C. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (6. 11).

(31) *Nov.* THEODOS. II. *tit.* XVI. *de testam.* § 6, *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XX. *de testam.* c. 1. § 2, c. 21. § 2. c. 26. C. *de testam.* (6. 23), § 14. J. *de testam. ord.* (2. 10).

(32) C. 18. 19. C. *de testam.* (6. 23), *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XX. *de testam.* c. 1. § 2. Vedi SAVIGNY *Röm. Recht im Mittelalt.* I. p. 107-109.

(33) GAJUS II. 109. 110. 114; ULPIAN. XXIII. 10, *tit.* J. *de milit. test.* (2. 11).

(34) ULPIAN. XX. 10. 11. 12; GAJUS *epit.* II. 2. § 1. 2. 3, pr. § 1. J. *quib. non permitt.* (2. 12).

zialmente dichiarato [35], il muto e il sordo [36]; ma nel diritto pretoriano queste incapacità non si guardavano, e solo più tardi, come anche pei ciechi, si resero necessarie alcune formalità particolari [37]. Le donne non potevano testare salvochè fossero uscite dalla propria famiglia, il qual egresso si operava mediante una finta coemzione [38]. Questo spediente fu, a dir vero, tolto nel regno di Traiano con un senatoconsulto [39], ma non fu già tolta l'autorità del tutore [40], benchè fosse questa, salvo riguardo al patrono ed al padre come manumissore, una vana formalità [41]. Finchè quello spediente ebbe forza nel giure civile, serbossi anche nel pretoriano [42]. Ma più tardi venne pur data sopra testamento di donna fatto senza autorità di tutore la *bonorum possessio secundum tabulas*, che, per rescritto di Antonino, fu anche ammessa contro gli eredi intestati, eccettuati soltanto il patrono e il padre come manomissore, che non avessero interposto la loro autorità [43]. Le Vestali però andavano esenti colla tutela da tai restrizioni [44], e nel diritto ulteriore elle sparvero generalmente. I peregrini, siccome quelli cui mancava il commercio (salvochè appartenessero ad una popolazione effettiva, secondo i costei diritti), i peregrini artificiali, il latino Giuniano [45], il depor-

(35) Ulpian. xx. 13, § 2. J. *quib. non permitt.* (2. 12).
(36) Ulpian. xx. 13.
(37) § 3. 4. J. *quib. non permitt.* (2. 12).
(38) Gajus i. 115a., Cic. *Topic.* 4.
(39) Gajus i. 115a.
(40) Gajus ii. 112. 113. 118; Ulpian. xx. 15.
(41) Gajus i. 190. 192. iii. 43.
(42) Cic. *Topic.* 4.
(43) Gajus ii. 119. 121. 122.
(44) Gellius i. 12; Plutarch. *Numa* 10.
(45) Gajus i. 23; Ulpian. xx. 14.

tato e l'espulso dal paese[46] non potevano testare nelle forme romane. All'incontro il romano morto prigioniero di guerra si considerava per finzione della legge Cornelia, in ordine al testamento condito anteriormente, come morto nell'ultimo istante di libertà[47]. La facoltà data agli schiavi della repubblica di testare sopra una metà del loro avere si fonda in una disposizione singolare[48].

603. L'intrinseco di un testamento stava nella nomina di un erede[49]. Questa doveva farsi secondo il diritto civile con date parole imperative[50], che primi i figli di Costantino dichiararono di nessuna importanza[51]. Con questa nomina il testatore manifestava la persona in cui voleva sopravvivere; e quando una tal volontà esisteva, alla volontà della legge, alla successione intestata non rimaneva più posto[52]. Questa regola non conosceva eccezione che nei testamenti dei soldati, i quali dicendo — erede —, non si poteva supporre che avessero pensato tutto il compreso di una tal parola[53]. Del rimanente il testatore poteva nominarsi più eredi[54], o sostituire, pel caso

(46) Dio Cass. LVII. 22, *fr.* 8. § 1. 2. 3. D. *qui testam. fac.* (28. 1).

(47) Ulpian. XXIII. 5; Paul. *sent. rec.* III. 4A. §. 8, *fr.* 12. D. *qui testam. fac.* (28. 1), § 5. J. *quib. non permitt.* (2. 12).

(48) Ulpian. XX. 16.

(49) Gajus II. 229; Ulpian. XXIV. 15.

(50) Gajus II. 115-117; Ulpian. *tit.* XXI.

(51) C. 15. C. *de testam.* (6. 23).

(52) Cic. *de invent.* II. 21; *fr.* 7. D. *de reg. iur.* (50. 17), § 5. J. *de hered. inst.* (2. 14).

(53) *Fr.* 6. 37. D. *de testam. mil.* (29. 1).

(54) *Fr.* 13. §. 1. D. *de hered. inst.* (28. 5), § 4-8. J. *de hered. inst.* (2. 14).

che l'instituito non redasse, un secondo ed un terzo[55]; come anche poteva sostituire un erede al proprio figlio minorenne, quando questi morisse prima di aver raggiunto la maggiorità testamentaria[56]. Da ciò nacque sin dai tempi di Cicerone la famosa questione, se una simile sostituzione non comprendesse pur tacitamente il caso in cui il padre non lasciasse figli[57], quistione che più tardi venne da Marco e Vero sciolta affermativamente[58]. L'instituzione d'erede poteva eziandio essere condizionata[59]. La condizione di non contrarre matrimonio era la sola invalida, secondo la legge Giulia e Papia[60]; senonchè, venendo imposta al coniuge sopravvivente, era governata da disposizioni speciali in forza di una legge Giulia Miscella, la quale fu da Giustiniano in molta parte mutata[61].

604. La validità dell'instituzione dipendeva naturalmente dalla capacità personale dell'instituito. Gli schiavi e coloro che erano in mancipio potevano essere instituiti; ma gli schiavi proprii dovevano in pari tempo esser fatti liberi[62], lo che venne da Giustiniano dichiarata cosa sottintesa[63], e l'instituzione di schiavi altrui tornava ad esclusivo be-

(55) Gajus II. 174-178; Ulpian. XXII. 33. 34, *tit.* J. *de vulg. subst.* (2. 15).

(56) Gajus II. 179-184; Ulpian. XXIII. 7. 8. 9, *tit.* J. *de pupill. subst.* (2. 16).

(57) Cic. *pro Cæcin.* 18, *de orat.* I. 39. 57. II. 32, *Brut.* 53.

(58) *Fr.* 4. pr. D. *de vulg. subst.* (28. 6).

(59) § 9. 10. 11. J. *de hered. inst.* (2. 14).

(60) *Fr.* 64. 72. § 4. *fr.* 74. 79. § 4. D. *de condit.* (35. 1).

(61) *C.* 2. 3. C. *de indicta viduit.* (6. 40), *nov.* 22. *c.* 43. 44.

(62) Gajus I. 123. II. 185-187; Ulpian. XXII. A questo si riferisce Plinius *epist.* IV. 10.

(63) *C.* 5. C. *de serv. necess.* (6. 27), pr. § 1. J. *de hered. inst.* (2. 14), § 2. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6).

neficio del padrone [64]. Ma incapaci erano i peregrini [65], perchè mancanti del commercio, incapacità però tolta da Antonino Pio in ordine ai figli di padre stato personalmente cive [66]. Il latino Giuniano non poteva in forza di una disposizione della legge Giunia Norbana acquistar per testamento; ma la costui instituzione non essendo stata dichiarata nulla, riusciva valida, se al tempo in cui l'eredità doveva adirsi, egli era cittadino romano [67]. Nulla era inoltre l'instituzione di persona incerta [68], e d'una città o popolo [69]; benchè più tardi l'instituzione di comunità cristiane [70], di poveri [71], quella stessa d'una città [72], e finalmente quella d'incerte persone fu generalmente permessa [73]. Le divinità pagane non si potevano instituire, salvochè il governo ne avesse lor conferito il diritto [74]. Nulla era egualmente, secondo il già indicato principio, l'instituzione di uno ancor non nato all'epoca del testamento [75]; ma la giurisprudenza ne eccettuò l'instituzione che un padre avesse fatto in capo a un figlio

(64) Gajus II. 189. 190; Ulpian. XXII. 13, § 1. 2. J. *de hered. inst.* (2. 14).
(65) Ulpian. XXII. 1. 2.
(66) Pausanias VII. 43. La costituzione qui menzionata passò fino ad ora inavvertita.
(67) Gajus I. 23. 24. II. 110; Ulpian. XVII. 1. XXII. 3. Vedi in proposito Vangerow *Latini Iuniani* p. 112.
(68) Ulpian. XXII. 4. XXIV. 18; Gajus II. 238. 287.
(69) Ulpian. XXII. 5; Plinius *epist.* V. 7.
(70) C. 1. C. *de SS. eccles.* (1. 2).
(71) C. 24. 49. C. *de episc.* (1. 3).
(72) C. 12. C. *de hered. inst.* (6. 24).
(73) § 25. 27. J. *de legat.* (2. 20).
(74) Ulpian. XXII. 6.
(75) Gajus II. 242. 287.
(76) Cic. *pro Cluent.* 11. 12; Ulpian. XXII. 19; Paul. *sent. rec.* III. 4B. § 9.

già concepito, al cui nascimento non avesse poi sopravvissuto [76]. Quest' eccezione fu pur estesa da Aquilio Gallo al concetto nipote di figlio, che il testatore non avesse visto nascere [77]. La legge Giunia Velleja (A. 763) e la giurisprudenza che le venne dietro ammisero egualmente per valida l' instituzione di un postumo venuto ancora in luce nel vivente del testatore (contuttochè lo si avesse potuto in seguito presidiare con nuovo testamento), dove il medesimo o direttamente per nascita o per l'occorsa mancanza di un membro intermedio fosse divenuto figlio di casa del testatore [78]. Ma l'instituzione del postumo altrui, sufficiente nel resto ad ottenere la *bonorum possessio*, rimase nulla per gius civile infino a Giustiniano che pur la dichiarò valida [79]. Le donne, a tenor della legge Voconia resa nel 585 [80] per evitare il cumulo in loro mani dei beni, non potevano esser fatte eredi da un censito di prima classe [81]. Ai tempo in cui la legge apparve, il censo di questa classe era di

(77) *Fr.* 29. pr. D. *de liber.* (28. 2).

(78) ULPIAN. XXII. 19, *fr.* 29. § 5. 6. 7. 11. 12. 15. 16. D. *de liber. et postum.* (28. 2).

(79) GAJUS II. 241, pr. J. *de bonor. poss.* (3. 9), § 26. 27. 28. J. *de legat.* (2. 20).

(80) Le più recenti indagini sopra questa legge, in cui vengono pure accuratamente riportati gli ultimi lavori relativi, sono di BACHOFEN *die lex Voconia* Basel 1843. Quest' opera contiene intorno alle relazioni di tal *lex* con altre parti del diritto successorio opinioni sottili, ma in parte insostenibili, che qui non possiamo tener in conto. Vedi in proposito Rudorff nei *Berliner Jahrbüchern für wissensch. Kritik* 1844. n° 57; MOMMSEN nei *Richters krit. Jahrbüch.* 1845. fascicolo 1°.

(81) GAJUS II. 274; DIO CASS. LVI. 10; CIC. *in Verr.* II. 1, 41. 42, *de re publ.* III. 10, (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 41; GELLIUS VII. 13. XX. 1, AUGUSTIN. *de civit. Dei* III. 21.

100000 assi, ma più tardi salì a 100000 sesterzi[82]. Nè meglio valeva la loro instituzione per una sola parte, giacchè, col mancare dell'altro erede, la totalità avrebbe potuto accrescere alla donna instituita. In ordine ai legati, le donne non pativano altre restrizioni da quelle degli uomini [83]. Del resto il divieto della legge Voconia aveva pur forza nel diritto pretoriano [84], ma insensibilmente cadde in disuso, e con la legge Giulia e Pappia Poppea smarrì compiùtamente la sua applicazione[85]. Le costituzioni imperiali crearono in contrario varie altre restrizioni, le quali però sono di poco interesse.

605. Di special momento per la capacità d'erede furono le disposizioni della legge Giulia (A. 736) e della Papia Poppea (A. 762). Secondo la Giulia ogni cittadino, che ad una data età non si trovasse ammogliato, era incapace di acquistare tanto per instituzione d'erede che per legato [86], salvo si ammogliasse dipoi nel termine di giorni cento[87]. Da questa prescrizione andava esente la sola vedova o ripudiata duranti i primi dodici o sei mesi dallo scioglimento del matrimonio, i quali termini furono dalla legge Papia prorogati[88]. Anche la semplice effettua-

(82) Vedi §98. Così si dee spiegare la diversità dei numeri nei citati autori.

(83) Bachofen con alcuni altri scrittori ammette un capitolo della *lex Voconia*, che si sarebbe soltanto riferito ai legati fatti alle donne. Ma quest'opinione, come pure avverte Mommsen, non ha fondamento. Col che una buona parte della sua dissertazione viene a mancar di appoggio.

(84) *Fr.* 12. § 1. D. *de bon. possess.* (37. 1).

(85) Ciò fu da BACHOFEN p. 112-119. ben dimostrato.

(86) GAJUS II. 111. 144. 286; SOZOMEN. *hist. eccles.* I. 9.

(87) ULPIAN. XVII. 1. XXII. 3.

(88) ULPIAN. *Tit.* XIV.

zione degli sponsali toglieva la pena, con che però il matrimonio non s'indugiasse oltre un biennio senza giusta causa [89]. Simili disposizioni coattive non si applicavano all'uomo che fino al sessagesimo anno di età, ed alla donna che fino al cinquantesimo. Il senatoconsulto Persiciano le estese ancora al di là di questi termini, sì che non ne andavano esenti neppur quelli che si maritavano in dette età. Ma un senatoconsulto del regno di Claudio mitigò di nuovo la regola a favore dell'uomo oltrasessagenario, che si maritava a donna inferiore ai cinquanta, siccome quello che ancor poteva generare [90]; e per converso lasciolla in vigore contro la donna maggiore dei cinquant'anni, che si ammogliava ad uomo inferiore ai sessanta, un qual matrimonio neppur valeva, secondo un senatoconsulto Calvisiano, a sottrarre ai danni il marito [91]. Inoltre la legge Papia puniva la mancanza di prole, da una certa età fino ai sessanta, o nella donna sino ai cinquanta [92], col non conceder loro di acquistare per testamento o legato più della metà del lasciato [93]. Un senatoconsulto de' tempi di Nerone (A. 814) dichiarò le adozioni impotenti ad eludere la legge [94]. Finalmente secondo la legge Giulia e Papia il coniuge non poteva lasciare all'altro coniuge per ragion del matrimonio oltre il decimo de'suoi beni; ma più in là uno e più decimi, od anche il tutto, secondochè in un matrimonio anteriore avessero l'un coll'altro

(89) SUETON. *Octav.* 34; DIO CASS. LIV. 16. LVI. 7, *fr.* 17. D. *de sponsal.* (23. 1).
(90) ULPIAN. XVI. 1. 3; SUETON. *Claud.* 23.
(91) ULPIAN. XVI. 4.
(92) TERTULL. *Apol.* 4; ULPIAN. XVI. 1.
(93) GAJUS II. 111. 286.
(94) TACIT. *ann.* XV. 19.

procreato uno o più figli, o questi fossero cresciuti sino ad una certa età, od avessero quelli di tratto perduto od ottenuto artificialmente dall'imperatore il *ius liberorum* [95]. Da tutte queste disposizioni erano però eccettuati i cognati e gli affini sino a un dato grado [96]. Nel resto queste leggi si osservavano anche nel diritto pretoriano [97]. Costantino abolì in ultimo le pene del celibato e della sterilità [98], e Teodosio II la restrizione posta fra' coniugi [99], col che andò pure in bando, come superflua, la domanda del *ius liberorum* artificiale [100].

—

CAPITOLO XVIII.

SUCCESSIONE INTESTATA.

606. In difetto di testamento veniva in campo la successione legale. Questa presupponeva anzitutto che il defunto fosse stato *sui iuris*. Ma diversa poi era la successione degli ingenui da quella de' libertini. Nel riguardo di quest' ultima cadeva pure la successione dell' emancipato, giacchè l'emancipazione era un affrancamento dal mancipio. Noi dunque tratteremo

(95) ULPIAN. XV. XVI. 1. Cfr. § 327.
(96) *Fragm. Vatic.* § 158. 214-19; ULPIAN. XVI. 1; SOZOMEN. *hist.* I. 9.
(97) *Fr.* 12. § 1. D. *de bon. poss.* (37. 1).
(98) *C. un.* C. Th. *de infirm. pœn. cœlib.* (8. 16), *c.* 1. C. *de infirm. pœn. cœlib.* (8. 58). Un picciol resto se ne serbò fino a Giustiniano, *c.* 27. C. *de nupt.* (5. 4).
(99) *C.* 2. 3. C. Th. *de iure liber.* (8. 17), *c.* 2. C. *de infirm. pœn. cœlib.* (8. 58).
(100) *C.* 3. C. Th. *de iure liber.* (8. 17), *c.* 2. C. *de iure liber.* (8. 59), *nov.* 78. *c.* 5.

prima della successione di persona fatta *sui iuris* per via ordinaria.

607. Fondamento di lei era il concetto di famiglia, la parentela col defunto per via di generazione reale od artificiale [1]. Quindi primi venivano quelli che per effetto di generazione, adozione o mano si chiamavano eredi domestici (*sui*) del defunto [2]. I nipoti ed ulteriori discendenti, il cui padre od avo era morto od emancipato, succedevano per interpretazione de' giureconsulti nel luogo e porzione di questo [3]. In difetto di eredi domestici la legge delle dodici tavole chiamava i prossimiori agnati, e così primi il fratello e la sorella di uno stesso padre [4]. I pari in grado dividevano sempre per capi; imperocchè fra agnati l'ingresso nel luogo di un precessore [5], come anche la chiamata del grado seguente, nel caso che l'agnato prossimiore non adisse l'eredità [6], non erano ammessi. Gli agnati femmine fuori della sorella non erano capaci di succedere [7]; il che però è da credere, essersi stabilito dopo le dodici tavole per interpretazione de' giureconsulti, e nello stesso intendimento onde nacque la legge Voconia [8].

(1) Vedi § 485.

(2) Maggiori spiegazioni porge in proposito GAJUS III. 1-6; ULPIAN. XXII. 14. 15. XXVI. 1. 3, *Collat. leg. Mos.* XVI. 3.

(3) GAJUS III. 7. 8. 15. 16; ULPIAN. XXVI. 2, *Collat. leg. Mos.* XVI. 3.

(4) ULPIAN. XXVI. 1; GAJUS III. 9-13, *Collat, leg. Mos.* XVI. 3. 4. 6.

(5) GAJUS III. 15. 16, ULPIAN. XXVI. 4.

(6) GAJUS III. 12. 22. 28; ULPIAN. XXVI. 5; PAUL. *sent. rec.* IV. 8. § 23.

(7) GAJUS III. 14. 23; ULPIAN. XXVI. 6; ULPIAN. *in Coll. leg. Mos.* XVI. 7.

(8) PAUL. *sent. rec.* IV. 8. § 22, PAUL. *in Coll. leg. Mos.* XVI. 3. c. 14 C. *de leg. hæred.* (6. 58), § 3. J. *de leg. agnat. succ.* (3. 2).

Finalmente, in difetto di un agnato, l'eredità si devolveva ai gentili [9]. La successione di una Vestale morta senza testamento si vindicava allo Stato [10].

608. A norma adunque di quest' ordinamento i figli emancipati al padre non succedevano; e tal era ancora di quelli che col loro padre avevano acquistato la romana cittadinanza, ma non erano stati in pari tempo sottoposti alla sua podestà. La madre stessa e i suoi figli non aveano l'un verso l'altro diritto di successione [11]. A queste ingiustizie l'editto pretoriano cercò un rimedio nell' offerta che fece del possesso dell'eredità secondo i varii gradi [12]. Primi chiamovvi i figli, nè già, secondo il giure civile, i domestici puramente, ma anche i discendenti naturali che senza l'occorsa emancipazione sarebbero rimasti domestici [13]. Ma gli adottivi emancipati [14], e i naturali, che uomo avesse dato a un altro in luogo di figli [15], ne furono esclusi, salvochè questi ultimi fossero nuovamente stati nel vivente del padre naturale emancipati dal padre adottivo, nel qual caso erano trattati a guisa di emancipati dal detto padre naturale [16]. La divisione si faceva in questa classe

(9) Gajus III. 17, *Coll. leg. Mos.* XVI. 3. 4.

(10) Gellius I. 12. Cfr. § 521. nota 138.

(11) Gajus III. 18-24.

(12) Gajus III. 25, *fr.* 1. pr. § 1. 2. D. *si tabulæ testam.* (38. 6).

(13) Gajus III. 26, § 9. J. *de heredit.* (3. 1), *fr.* 9. § 1. D. *de bonor poss.* (37. 1), *fr.* 5. § 1. D. *si tabulæ testam.* (38. 6). A questo appartiene anche la specie di cui Gajus III. 20; *Collat. leg. Mos.* XVI. 7.

(14) Gajus II. 136, *fr.* 1. § 5. 6. 7. *fr.* 4. D. *si tabulæ testam.* (38. 6), § 11. J. *de heredit.* (3. 1).

(15) Ulpian. XXVIII. 8.

(16) Gajus II. 137, § 4. J. *de exher. liber.* (2. 13), § 10. J. *de heredit.* (3. 1).

colle stesse regole del gius civile. Concorrendo però un emancipato con i domestici rimasi nella podestà del defunto, doveva egli, secondo una nuova clausola aggiunta all'editto da Giuliano, cedere a questi la metà della sua quota [17]. Dopo i figli il possesso dell'eredità si dava a quelli che il diritto civile chiamava eredi; nel che si teneva pur conto delle ragioni successorie derivate dai senatoconsulti posteriori [18]. In seguito veniva la rubrica dei cognati, la quale comprende tutte le persone fra loro imparentate sino al sesto grado, ed oltre loro i figli dei sobrini [19], senza distinzione, se potessero succedersi come agnati [20], o perduto avessero per diminuzione di capo i diritti agnatizi [21], o fossero in parentela per lato di donna [22]; onde anche i figli riguardo alla madre ed ai parenti materni [23], e gli stessi illegittimi [24]. I figli adottivi erano in pari tempo cognati civili nella famiglia adottiva [25], e naturali in quella lor propria [26]. La preferenza dipendeva unicamente dalla prossimità del grado; gli eguali in gra-

(17) *Fr.* 1. pr. § 1. 11. *fr.* 3. D. *de conjung. cum emancip.* (37. 8), *fr.* 1. § 13. D. *de ventre* (37. 9).
(18) *Fr.* 2. § 4. D. *unde legitimi* (38. 7).
(19) *Fr.* 1. pr. § 1. 2. 3. *fr.* 9. D. *unde cognati* (38. 8), pr. § 5. J. *de success. cognat.* (3. 5). Già ne occorre un esempio in Cic. *pro Cluent.* 60.
(20) Gajus III. 22. 23. 28. 29, § 3. 7. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2).
(21) Gajus III. 21. 27, Ulpian. XXVIII. 9, *fr.* 5. D. *unde cognati* (38. 8), § 1. J. *de success. cognat.* (3. 5).
(22) Gajus III. 24. 30, § 2. J. *de success. cognat.* (3. 5).
(23) *Fr.* 1. § 9. D. *unde cognati* (38. 8).
(24) *Fr.* 2. 4. 8. D. *unde cognati* (38. 8), § 4. J. *de success. cognat.* (3. 5).
(25) Vedi § 519. Nota 113.
(26) Gajus III. 31, *fr.* 1. § 4. D. *unde cognati* (38. 8), § 13 J. *de heredit.* (3. 1), § 3. J. *de success. cognat.* (3. 5).

do dividevano per capi [27]. Dopo i cognati finalmente l'editto chiamava il coniuge superstite [28]. Se i primi chiamati non si presentavano dentro il termine stabilito, il diritto, secondo il così detto editto successorio, andava oltre [29], cioè prima dentro la stessa classe [30], poi nelle classi successive. Chi apparteneva a più classi, era pur chiamato più volte [31]. Se il chiamato era eziandio erede per ragion civile, poteva e adire l'eredità e domandar la *possessio bonorum* [32]. Che se non era erede per ragion civile, ma tuttavia pari nell'editto od anche preposto all'erede civilista, il pretore lo tutelava pur contro di questo [33]. All'incontro chi aveva chiesto il possesso pretoriano in cospetto di un erede civilista, che avrebbe egualmente potuto e prima di lui ottenere un tal possesso, il pretore, se quest'erede faceva valere il proprio diritto, non quello, ma questo favoriva [34]. Nel resto eranvi casi, in cui il possesso dell'eredità si dava non coll'editto, ma direttamente per legge o senatoconsulto [35].

609. L'indirizzo dell'editto venne pure seguitato

(27) *Fr.* 1. § 5. 6. 7. 8. 10. D. *unde cognati* (38. 8).

(28) *Fr.* 1. D. *unde vir et uxor* (38. 11).

(29) Ulpian. xxviii. 10. 11, *fr.* 1. pr. § 8. 10. D. *de success. edicto* (38. 9), *c.* 1. 2. C. *de success. edicto* (6. 16).

(30) L'avanzamento però dentro la seconda classe era controverso, Gajus iii. 28.

(31) *Fr.* 1. § 11. D. *de success. edicto* (38. 9).

(32) Gajus iii. 34; § 1. J. *de bonor. possess.* (3. 9).

(33) Poichè si trattava della *bonorum possessio cum re*, Ulpian. xxviii. 13.

(34) Poichè si trattava della *bonorum possessio sine re*, Gajus iii. 35. 37; Ulpian. xxviii. 13.

(35) Quest'era la *bonorum possessio ex legibus senatusveconsultis*, *fr.* 1. D. *ut ex legib.* (38. 14), *fr.* 3. D. *unde legitimi* (38. 7), § 7. J. *de bonorum possess.* (3. 9). Altro non se ne sa.

dal più recente gius civile. La madre che nel diritto antico punto non succedeva, e secondo l'editto veniva in terza classe, ottenne dal senatoconsulto Tertilliano sotto Adriano, semprechè avesse un certo numero di figli od il *jus liberorum* artificiale, una ragion poziore [36]. I soli che mantennero su lei la preferenza furono gli eredi domestici del defunto con quelli fatti lor pari nel diritto pretoriano [37]; il padre naturale, sia che manumissore secondo il gius civile [38], sia che chiamato alla *bonorum possessio* [39]; ed il fratello del defunto discendente dallo stesso padre. Con le sorelle parimenti germane ella entrò in divisione [40]. A norma però di una costituzione di Severo, la madre che aveva omesso di dare al figlio un tutore perdeva le sue ragioni di successione [41]. Il senatoconsulto Orfiziano sotto Marco Aurelio diè a vicenda ai figli sopra la madre diritti di successione prelativamente a' suoi fratelli, sorelle ed agnati [42].

(36) Ulpian. xxvi. 8, Paul. *sent rec.* iv. 9, pr. § 1. 2. 7. J. *de SC. Tertull.* (3. 3), *fr.* 2. pr. § 1-5. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17).

(37) Ulpian. xxvi. 8, § 3. J. *de SC. Tertull.* (3. 3), *fr.* 2. § 6-14. *fr.* 5. 8. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17).

(38) Questo caso entra nel cap. xx.

(39) Ulpian. xxvi. 8, § 3. J. *de SC. Tertull.* (3. 3), *fr.* 10. D. *de suis* (38. 16), *fr.* 2. § 15. 16. *fr.* 3. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17). Le eccezioni sono indicate nel *fr.* 2. § 17. 18. 19. *eod.*

(40) Ulpian. xxvi. 8, § 3. J. *de SC. Tertull.* (3. 3), *fr.* 7. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17).

(41) *Fr.* 2. § 2. D. *qui petant tutor.* (26. 6), *fr.* 2. § 23. 47. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17), § 6. J. *de SC. Tertull.* (3. 3).

(42) Capitol. *M. Antonin.* 11; Ulpian. xxvi. 7, Paul. *sent. rec.* iv. 10, pr. § 2. 3. J. *de SC. Orphit.* (3. 4), *fr.* 1. 4. 6. 9. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17), *c.* 1. C. *ad SC. Tertyll.* (6. 56), *c.* 1. 2. 3. C. *ad SC. Orphit.* (6. 57).

610. Ledisposizioni del giure civile, del pretoriano e dei due senatoconsulti si mantennero a fianco l'une dell'altre[43], e costituirono dipoi la base della giurisprudenza e della pratica. Dopo Costantino s'aggiunsero altre costituzioni di non picciol peso, tanto che a tempo di Giustiniano il diritto vigente era qual segue. Se il defunto era un maschio, venivano per primo gli eredi domestici, e quelli lor pari, secondo i principii del gius civile e pretoriano[44]. Fra costoro venivano pure i figli legittimati[45]. Quanto al figlio dato in adozione, la legge prima vigente fu da Giustiniano in buona parte alterata[46]. Trattandosi della successione di una donna venivano i figli, secondo il senatoconsulto Orfiziano, ma salvo al padre l'usufrutto della totalità, o di una virile, secondochè il figlio successibile era o non più a podestà soggetto[47]. Valentiniano II diede ai figli di un figlio predefunto verso la costui madre, ed ai figli di una figlia predefunta verso i costei genitori la porzione di eredità che quello o questa avrebbe personalmente tocco; salvochè, venendo a concorso con figli ancora viventi dell'intestato, dovevano a costoro cederne un terzo, ad altri agnati un quarto[48]. Queste due restrizioni vennero poi tolte l'una[49] dopo l'altra[50] da Giustiniano, e così tutti i ni-

(43) *C.* 1. 3. 5. 7. 8. 9. C. *de legit. hered.* (6. 58).
(44) Pr. § 1-12. J. *de heredit.* (3. 1).
(45) § 2. J. *de heredit.* (3. 1).
(46) C. 10. C. *de adopt.* (8. 48), § 13. 14. J. *de heredit.* (3. 1).
(47) *C.* 9. C. Th. *de bonis matern.* (8. 18).
(48) *C.* 4. 5. 6. 8. C. Th. *de legit. heredit.* (5. 1), § 3. J. *de SC. Tertull.* (3. 3).
(49) *C.* 12. C. *de suis* (6. 55), § 15. 16. J. *de heredit.* (3. 1).
(50) *Nov.* 18. *c.* 4.

poti pareggiati. In difetto di discendenti, e se il defunto lasciava una madre, la successione era governata dal senatoconsulto Tertilliano con alcune modificazioni. Ciò è, che dopo Costantino la madre anche non avente il preciso numero legale di figli riteneva per sè, in concorso coll'avo paterno ed altri agnati, un terzo, e per contrario, anche avendo quel preciso numero, lasciava un terzo all'avo paterno ed a'costui figli e nipoti[51]. Valentiniano III le lasciò egualmente nel primo caso due terzi, ma ne assegnò uno[52] al fratello emancipato che con lei concorresse, il quale prima andava escluso[53]. Da ultimo Giustiniano tolse ogni distinzione relativa al numero dei figli[54], e il diritto a concorso dell'avo paterno; pose la madre nel rango dei fratelli e sorelle germani del defunto, emancipati o no, e le assegnò, se in presenza di fratelli, una virile, se di sorelle semplicemente, la metà come nel diritto antico[55], e più tardi anche la nuda virile[56]. In mancanza della madre succedevano gli agnati[57], e così primi i fratelli e sorelle di uno stesso padre. Anastasio chiamò questi quand'anche avessero cessato per emancipazione di essere agnati, colla sola differenza che concorrendo coi non emancipati pigliavano meno[58]. Giustiniano però non solo tolse questa

(51) C. 1. C. Th. *de legit. heredit.* (5. 1).
(52) C. 2. C. Th. *ibid.* (5. 1).
(53) C. 7. C. Th. *ibid.* (5. 1).
(54) C. 2. C. *de iure liber.* (8. 59), § 4. *de SC. Tertull.* (3. 3).
(55) C. 7. Pr. C. *ad SC. Tertyll.* (6. 56), § 5. J. *de SC. Tertull.* (3. 3).
(56) *Nov.* 22. c. 47.
(57) Pr. § 1. 2. 5. 6. J. *de legit. agnat. success.* (3. 2).
(58) C. 4. C. *de legit. tutel.* (5. 30), THEOPHIL. III. 5. § 1, § 1. J. *de success. cognat.* (3. 5), § 12. J. *de gradib.* (3. 6).

disparità, ma innalzò i fratelli e sorelle unilaterali per lato di madre agli stessi diritti degli unilaterali per lato di padre [59]. Questa innovazione lo trasse in seguito a pronunziare, che i fratelli e sorelle germani, siccome accoppianti un doppio diritto, sovrastavano agli unilaterali [60]. Ancora egli eguagliò i figli di sorella anche uterina [61], ed i figli di fratelli e sorelle emancipati [62], ponendoli entrambi nel terzo grado di agnazione. Da questo infuori, fu mantenuta la successione agnatica del giure antico. Ma Giustiniano dichiarò ancora gli agnati femminei sino a lontanissimo grado capaci di succedere quanto i maschili [63], ond'è che invalse per gli agnati come pei cognati la chiamata dei gradi seguenti [64]. Per fine, in mancanza d'agnati, venivano secondo il disposto dell'editto pretoriano i cognati [65].

611. L'editto, i senatoconsulti e le costituzioni imperiali avevano già scosso profondamente le antiche basi del diritto successorio, ossia le attinenze colla patria podestà e coll' agnazione. Giustiniano finalmente vide il bisogno di levarle del tutto pigliando per sola base la consanguinità. Questo concetto è tratteggiato in una costituzione dell'anno 543, la quale nell'anno 547 fu corredata di un'appendice [66]. A tenor di esse

(59) C. 15. pr. § 1. 2. C. *de legit. hæred.* (6. 58).
(60) *Nov.* 84.
(61) C. 14. § 1. C. *de legit. hæred.* (6. 58), § 4. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2).
(62) C. 15. § 3. C. *de legit. hæred.* (6. 58).
(63) C. 14. pr. C. *de legit. hæred.* (6. 58), § 3. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2).
(64) § 7. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2), c. 15. §. 3. C. *de legit. hæred.* (6. 58).
(65) *Tit.* J. *de success. cognat.* (3. 5).
(66) *Nov* 118, *nov.* 127. *c.* 1.

primi a succedere sono tutti i discendenti. In loro difetto concorrono l'un coll'altro i prossimiori ascendenti, i fratelli e sorelle germani, e se morti, i loro figli. Vengono in seguito i fratelli e sorelle unilaterali o i loro figli. Ultimi i collaterali più remoti secondo la prossimità del grado. La parentela per lato di maschio o di femmina non fa più divario.

612. Se muore un figlio di casa, non è il caso di successione, e il peculio provegnente dal padre a lui torna come a suo proprietario. Ma in ordine ai beni di provenienza materna, ed a quelli riputati tali, i discendenti dappoi Teodosio II, indi anche i fratelli e sorelle, e dappoi Giustiniano la madre stessa ottennero un diritto di successione che escluse la ragion di peculio del padre, lasciando a questi il solo usufrutto a vita[67]. Con la Novella 118ª qui pure s'accampa la successione volgare, lasciato nondimeno al padre, quando non consucceda, il formale usufrutto che già gli apparteneva. Finalmente quanto al peculio acquistato nel servizio militare, il figlio ne poteva bensì disporre per testamento, ma dove non lo avesse fatto, si devolveva al padre a titolo non di retaggio, ma di peculio[68]. Ma questo principio, dopo quanto si era stabilito in ordine ai beni di provenienza materna, più non reggeva; ed è perciò che anche ne' figli e fratelli e sorelle si riconobbe allora un diritto più assoluto[69].

(67) *C.* 4. 10. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18), *nov.* THEODOS. *tit.* XIV. *de paternis bonis* § 8, *c.* 3. 4. 6. § 1. C. *de bon. quæ liber.* (6. 61), c. 7. § 1. C. *ad SC. Tertull.* (6. 56), c. 11. C. *comm. de success.* (6. 59).

(68) *Fr.* 1. 2. 9. 19. § 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17), c. 6. C. *de castr. pecul.* (12. 37).

(69) Pr. J. *quib. non est permiss.* (2. 12), THEOPHIL. II. 12. pr.

Colla novella 118ª qui anche ha luogo la successione volgare. Quanto all'arrogato, s'egli moriva prima di aver raggiunto la pubertà, il padre, per singolar diritto, doveva restituire i beni dal medesimo recati a' suoi eredi naturali [70]. Col Diritto Giustinianeo in cui le ragioni del padre sopra questi beni vennero limitate al nudo usufrutto, essi entrarono implicitamente nella stessa condizione di quelli acquistati dalla madre o d'altronde, e nella successione furono governati conformemente [71].

613. Dopo i parenti, ed anzi per lungo tempo con essi veniva altresì nel diritto recenziore il coniuge superstite [72]. Ma oltre ai parenti, Giustiniano diè anche un certo diritto di successione ad altre persone, cioè ai figli generati in concubinato verso il loro padre [73], alla vedova, se povera e il morto marito agiato [74], ed al curatore di un mentecatto [75].

614. In total difetto d'un successore l'eredità ne' prischi tempi diveniva vacante, e ognuno poteva occuparne e usucapirne le singole parti [76]. Ma la legge Giulia e Papia assegnò le eredità vacanti all'erario o nel linguaggio di poi al fisco [77]. Le acquistava questi direttamente per virtù di legge; ma siccome il la-

(70) § 3. J. *de adopt.* (1. 11), *fr.* 18. 19. 20. 22. D. *de adopt.* (1. 7).
(71) § 2. *J. de adquis. per adrogat.* (3. 10).
(72) C. 9. C. Th. *de legit. hæred.* (5. 1), *c.* 1. C. *unde vir et uxor* (6. 18), § 6. J. *de bonor. possess.* (3. 9).
(73) *Nov.* 18. *c.* 5, *nov.* 89. *c.* 12. § 4. 5.
(74) *Nov.* 22. *c.* 18, *nov.* 53. *c.* 6, *nov.* 74. *c.* 5, *nov.* 117. *c.* 5.
(75) *Nov.* 115. *c.* 3. § 12.
(76) Cic. *de legib.* II. 19.
(77) Ulpian. XXVIII. 7, *fr.* 96. § 1. D. *de legat.* I. (30). Vedi § 315, nota 125.

sciato formava un'università, un simile acquisto presupponeva, che il patrimonio non fosse consunto dai debiti[78]. Per il che si operava un'inchiesta, in seguito a cui il Fisco od agnosceva l'eredità o faceva aprire il concorso[79]. In qual maniera nel primo caso il fisco s'impadronisse dei beni, se come erede o come occupante, non è ben certo[80]. Ma, giusta una costituzione di Marco Aurelio, quando si erano fatti lasciti della libertà, e niuno voleva essere erede, un degli schiavi manomesso ed anche un estraneo qualunque poteva ottenere sotto certe cauzioni l'addizione (*addictio*) della eredità[81]. Volendo agnoscere, il fisco aveva sempre la preferenza[82]; ma egli pure doveva, secondo l'espresso disposto di quella costituzione, adempire i legati di libertà[83]. Del rimanente certi instituti e corporazioni ottennero lo special privilegio di succedere in luogo del fisco nell'eredità dei loro membri morti senza eredi; così i soldati legionarii[84], e per decreto di Costanzio, le altre divisioni dell'armata[85]; così le curie civiche[86], le compagnie de'

(78) Più minuti particolari ne dà HEIMBACH nel WEISKE *Rechtslexikon* III. 939.

(79) *Fr.* 11. D. *de iure fisci* (49. 14).

(80) *Fr.* 1. § 1. D. *de iure fisci* (49. 14), *fr.* 4. § 17. 20. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

(81) *Bonorum addictio libertatum conservandarum causa*, *tit.* J. *de eo cui libert. causa* (3. 11), *fr.* 2. 3. 4. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5), c. 6. 15. C. *de testam. manum.* (7. 2).

(82) *Fr.* 50. pr. D. *de manum. testam.* (40. 2), *fr.* 4. § 20. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

(83) § 1. J. *de eo cui libert. causa* (3. 11), *fr.* 4. § 17. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

(84) *Fr.* 6. § 7. D. *de iniusto* (28. 3), *fr.* 4. § 17. D. *de fideicomm. libert.* (40. 5).

(85) C. 1. C. Th. *de bon. milit.* (5. 4), c. 2. C. *de hæred. decur.* (6. 62).

(86) C. 1. C. Th. *de bon. decur.* (5. 2), c. 123. C. Th. *de decur.* (12. 1), c. 4. C. *de hæred. decur.* (6. 62). Cfr. § 374.

navalestri dappoi Costantino[87], i coortali dappoi Costanzio[88], le chiese e conventi dappoi Teodosio giuniore[89], e gli operai delle fabbriche imperiali d'armi[90].

—

CAPITOLO XIX.

SUCCESSIONE CONTRO TESTAMENTO.

615. Secondo le dodici tavole ognuno poteva testare ad arbitrio, diseredando od anche preterendo i figli già nati; ma ai figli nati sol dopo la confezione del testamento si portavano riguardi particolari. E veramente costoro non potevano essere instituiti d'avanzo, non essendo permessa l'istituzione d'erede di un non nato. Nè meglio si potevano diseredare, poichè la diseredazione e l'instituzione stavano qui ad uno stesso ragguaglio. Ma la tacita preterizione dava argomento a credere, che il testatore non avesse punto avuto l'occhio alla possibilità di un postumo, e che in appresso, avendo ancora a testare, ei testerebbe in tutt'altro modo. Per la qual cosa i testamenti potevano in ogni tempo coll'agnazione di un postumo venir annullati[1]. Vero è che poco a poco s'ammise e rispettò l'istituzione di eredi realmente

(87) C. 1. C. *de hæred. decur.* (6.62), VALENTIN. III. *tit.* XXVIII. *de naviculariis.* Vedi § 359.

(88) C. 3. C. *de hæred. decur.* (6. 62). Vedi § 370.

(89) C. 1. C. *de bon. cleric.* (5. 3), c. 20. C. *de episc.* (1. 3), *nov.* 131. c. 13.

(90) *Nov.* THEODOS *tit.* VI. *de bonis fabricensium*, c. 5. C. *de hæred. decur.* (6. 62). Vedi § 397.

(1) Ai tempi di Cicerone questa era già cosa intesa, CIC. *de orat.* I. 57, *pro Cæcina* 25.

postumi [2], e con ciò anche la loro diseredazione [3]. Arrogi che la legge Giunia Velleja modificò in questo l'antico diritto, che anche l'istituzione d'erede in capo a chi già era in vita all'epoca della confezione del testamento, ma poi, col venir meno di membri intermedii, appariva in certo modo soprannato al testatore come postumo, impediva la rottura del testamento [4]. Ma nel caso di tacita preterizione di un postumo stette l'antico principio, ed in conformità di esso anche la preterizione d'un figlio di casa già esistente all'epoca del fatto testamento venne man mano dichiarata nulla [5].

616. Per la qual cosa al tempo della perfetta giurisprudenza dominavano i seguenti principî. I figli di casa già nati alla confezione del testamento dovevano essere in esso o instituiti o diseredati [6]. La preterizione d'un figlio di casa rendeva il testamento assolutamente nullo, e dava campo alla successione intestata. L'opinione dei Proculiani che volevano il testamento valido, quando il figlio preterito fosse deceduto dopo la sua confezione, non vinse [7]. La preterizione di figlie e nipoti di casa non aveva lo stesso effetto; ma costoro venivano a partecipare cogli eredi instituiti, se di casa, della vi-

(2) Vedi § 604. nota 75-78.

(3) A tempo di Varrone, in cui già era permessa l'instituzione di *postumi* concetti (§ 604. nota 76), già pur si trova per costoro una formola di diseredazione, GELLIUS III. 16.

(4) GAJUS II. 133. 134, *fr.* 28. § 13. 14. D. *de liber. et posthum.* (28. 2).

(5) Sopra di ciò si quistionava ancora ai tempi di Cicerone, CIC. *de orat.* I. 38; VALER. MAX. VII. 7, 1.

(6) ULPIAN. XXII. 14.

(7) ULPIAN. XXII. 16; GAJUS II. 123, *fr.* 7. D. *de liber. et posthum.* (28. 2), pr. J. *de exher. liber.* (2. 13).

rile, se estranei, di mezza l'eredità[8]. Un altro divario tra i figli e le figlie e nipoti stava nel dover i primi essere diseredati nominativamente, quando per gli altri bastava una formola generale[9]. Più ancora severo era il diritto in ordine ai figli di casa sopravvenuti a testamento fatto. Dall' istante del loro soprannascimento, senza distinzione di casato e di grado, il testamento in cui essi non erano contemplati si rendeva nullo[10]. A ciò evitare, conveniva diseredare nominativamente non solo i figli, ma tutti i discendenti di maschio; e quanto alle figlie, benchè bastasse una formola generale, si doveva però far loro un qualche legato[11]. Ciò tutto aveva pur luogo in ordine a colui che col mancare di un membro intermedio entrava nella condizione di postumo[12]. L'adozione, l' instituzione della mano e simili aggiunti, per cui il testatore venisse ad acquistare un figlio di casa, rompevano egualmente il testamento[13].

617. A questo sistema tenne anche dietro l'editto pretoriano. Il quale offrì ai figli nè instituiti nè diseredati nella voluta forma, cioè nominativamente quanto ai discendenti maschi, e genericamente quanto ai discendenti femmine, una successione contro testamento[14]. Sotto gl' imperatori s' intesero per co-

(8) ULPIAN. XXII. 17; GAJUS II. 124; PAUL. *sent. rec.* III. 4 B. § 8, *fragm. de iure fisci* § 11; THEOPHIL. II. 13. pr.
(9) ULPIAN. XXII. 20; GAJUS II. 127. 128, pr. J. *de exher. liber.* (2. 13).
(10) ULPIAN. XXII. 18; GAJUS II. 130. 131, c. 2. 3. C. *de posthum.* (6. 29).
(11) ULPIAN. XXII. 21. 22; GAJUS II. 132, *fr.* 3. D. *de iniusto* (28. 3).
(12) GAJUS II. 133. 134, ULPIAN. XXIII. 3.
(13) GAJUS II. 138-143; ULPIAN. XXIII. 2. 3, *fr.* 8. D. *de iniusto* (28. 3), *fr.* 28. § 1. D. *de liber. et posthum.* (28. 2).
(14) GAJUS II. 135; ULPIAN. XXII. 23. XXVIII. 2. 3.

storo le stesse persone che in difetto di testamento erano chiamate in prima classe[15]. Nel caso adunque di preterizione sottentrava all'instituzione testamentaria la delazione (*delatio*) per editto, la quale toccava ai figli tutti, compresi gl'instituiti nel testamento[16] e quelli che avessero per adozione o mano fatto passaggio in estranea famiglia, e così perduto, benchè preteriti, ogni diritto[17]. Del rimanente il testamento non era assolutamente creduto nullo come in ragion civile, ma conservava il proprio essere. Quindi, se l'emancipato preterito non si valeva del suo diritto, poteva adire l'erede instituito[18]. Ed anche valendosene quello, certi punti del testamento, come le diseredazioni[19], i lasciti a genitori e figli sino a un certo limite[20] (nel qual rispetto vennero pure annoverate da Antonino Pio, in conformità d'un'opinione di Giuliano da lui confermata, le instituzioni d'erede di ascendenti e discendenti[21]), ed una disposizione di dote alla moglie od alla nuora, benchè oltre que' limiti, serbavano forza[22]. Che anzi nel caso d'instituzione d'erede di un estraneo, i discendenti preteriti di sesso femminile, secondo un rescritto di Antonino, non potevano ottenere in forma

(15) *Fr.* 1. § 5. D. *si tabulæ testam.* (38. 6), § 12 J. *de heredit.* (3. 1). Vedi § 608.
(16) *Fr.* 3. § 11. *fr.* 8. § 14. *fr.* 10. § 6. D. *de bon. poss. contr. tab.* 37. 4).
(17) *Fr.* 8. § 11-14. *fr.* 10. § 1. *fr.* 11. pr. D. *de bon. poss. contr. tab.* (37. 4).
(18) *Fr.* 2. D. *si tabulæ testam.* (38. 6).
(19) *Fr.* 10. § 5. D. *de bon. poss. contr. tab.* (37. 4).
(20) *Fr.* 1. 6. 8. pr. D. *de legat. præstand.* (37. 5).
(21) *Fr.* 5. § 6. 7. *fr.* 7. D. *de legat. præstand.* (37. 5), *fr.* 3 7. D. *de coniung. cum emanc.* (37. 8).
(22) *Fr.* 1. pr. *fr.* 8. § 3-6. D. *de legat. præst.* (37. 5).

di *bonorum possessio* altro da quanto avrebbono ricevuto per gius civile, ove non fossero emancipati[23].

618. Tutte queste prescrizioni del diritto sì civile che pretoriano non avevano però a base la ragion nei figli di essere nel testamento dei loro genitori menzionati; mercecchè il padre poteva sempre, coll' osservare le forme della diseredazione, lasciar tutto il suo ad un estraneo, e la madre non era neppur vincolata a cotal formalità[24]. Il perchè una diseredazione o preterizione legalmente seguita non poteva intaccarsi che sulla considerazione che un testamento pieno di odio e di iracondia manifesta contro i più prossimi attenenti è inconciliabile colla voluta libertà e pacatezza di mente[25]. Questo riflesso divenne gradatamente per forza di pratica un punto fisso della giurisprudenza[26]. Da quell'ora i testamenti inofficiosi potettero essere con special querela fondata sovra il supposto di mancata libertà di mente[27] impugnati e rescissi[28] davanti al tribunale centumvirale[29]. E questa facoltà fu data non solo ai figli ed ulteriori discendenti, ma agli ascendenti[30], ed ai collaterali. I quali ultimi si ridussero man mano ai fratelli e sorelle[31]; ed anzi dappoi Costantino essi medesimi non la potettero esercitare, se non quando era in-

(23) Gajus II. 125. 126, *c.* 4. C. *de liber. præter.* (6. 28), Theophil. II. 13. § 3.
(24) Gajus III. 71.
(25) Valer. Max. VII. 7, 2. 3. 4. 5. VII. 8, 1. 2. 4.
(26) Quintil. *inst. orat.* V. 2.
(27) *Fr.* 2-5. D. *de inoffic. testam.* (5. 2), pr. J. *de inoffic.* (2. 18).
(28) Plinius *epist.* V. 1. VI. 33; Quintil. *inst. orat.* VII. 4.
(29) *Fr.* 6. § 1, *fr.* 8. § 16. D. *de inoffic.* (5. 2).
(30) *Fr.* 1. D. *de inoffic.* (5. 2), § 1. 2. J. *de inoffic.* (2. 18).
(31) *Fr.* 1. D. *de inoffic.* (5. 2), *c.* 21. C. *de inoffic.* (3. 28).

stituita erede una *turpis persona*[32]. Una tal querela andava unita alla domanda preventiva di una *bonorum possessio*, la cui significazione non è troppo chiara[33]. Ma il defunto non poteva più essere tacciato d'inofficiosità, se in fatto aveva dato qualche cosa; nel che si adottò pel minimo, non sappiam come, il quarto della porzione intestata che di diritto[34], senza far differenza, se dato nella forma di un'instituzione d'erede, o veramente per legato, donazione a cagion di morte, od anco tra vivi[35]. Se il defunto aveva dato bensì, ma non tutto il quarto, il menomato aveva facoltà di chiedere in luogo della rescissione il puro complemento[36], e quando anche a ciò il testatore aveva provveduto, doveva starsene contento[37]. Se il menomamento era provenuto da liberalità tra vivi, dopo Alessandro Severo vi soccorreva una querela analoga d'indebita donazione o dotazione[38]. I figli adottivi avevano contro il padre adottivo gli stessi diritti de' naturali. Trattandosi però di un infante arrogato o di un fratello adottato su tre, la querela diveniva superflua, perchè il primo nel caso di diseredazione già aveva per costituzione

(32) C. 1. 3. C. Th. *de inoffic.* (2. 19), c. 27. C. *de inoffic.* (3. 28).
(33) *Litis ordinandæ gratia bonorum possessio*, *fr.* 6. § 2. *fr.* 7. 8. pr. D. *de inoffic.* (5. 2).
(34) Plinius *epist.* v. 1; Paul. *sent. rec.* iv. 5. § 7, *fr.* 8. § 8. 9. D. *de inoffic.* (5. 2), c. 8. pr. C. *de inoffic.* (3. 28).
(35) *Fr.* 8. § 6. *fr.* 25. pr. D. *de inoffic.* (5. 2), § 6. J. *de inoffic.* (2. 18).
(36) Paul. *sent. rec.* iv. 5. § 7, c. 2. Cod. Greg. *de inoffic.* (2. 3).
(37) C. 4. C. Th. *de inoffic.* (2. 19).
(38) *Fr.* 87. § 3. 4. D. *de legat.* ii. (31), *fragm. Vatic.* § 280, tit. C. J. iii. 29. 30, *tit.* C. Th. ii. 20. 21.

di Antonino [39], ed il secondo pel senatoconsulto Sabiniano [40], un'azione al quarto.

619. Tre sistemi adunque stavano nell'età di Giustiniano a fianco l'un dell'altro: quello del diritto civile, che dichiarava nulli per preterizione i testamenti, quello del diritto pretoriano, che contro un testamento di preterizione dava il possesso dell'eredità, e la querela per inofficioso menomamento dei beni. Or, quanto a quest'ultimo, Giustiniano stabilì (A. 528), che ove si fosse fatto un qualche lascito, benchè non di tutto il dovuto, si potesse agire unicamente a supplemento [41]. Quanto ai due primi, cancellò (A. 531) la distinzione che si faceva tra figli e figlie o nipoti, tra discendenti maschi e discendenti femmine, e tutti eguagliò in diritto ai figli [42]. Con quest'avvertenza venne anche fatto lo spoglio pei Digesti delle opere legali. Ei portò inoltre (A. 536) la legittima pei discendenti, in concorso di quattro e meno, ad un terzo, e di più di quattro, alla metà della porzione intestata [43]. Finalmente l'anno 542 promulgò sopra gli ascendenti e discendenti una legge comprensiva di tutti e tre i sistemi, non ammettendo cioè la diseredazione o preterizione che sotto le tre seguenti condizioni: che nel testamento se ne fosse assegnato il motivo, che questo motivo fosse di quelli

(39) *Fr.* 8. § 15. D. *de inoffic.* (5. 2), *fr.* 1. § 21. D. *de collat.* (37. 6). Vedi § 518.
(40) *C.* 10. § 3. C. *de adopt.* (8. 48), § 14. J. *de heredit.* (3. 1), Theophil. III. 1. § 14.
(41) *C.* 30. pr. § 1. *c.* 31. 36. pr. C. *de inoffic.* (3. 28), § 3. J. *de inoffic.* (2. 18).
(42) *C.* 4. C. *de liber. præter.* (6. 28), § 5. J. *de exher.* (2. 13).
(43) *Nov.* 18. pr. *c.* 1.

dalla legge approvati, e che l'erede instituito lo provasse vero. Nel caso contrario l'instituzione d'erede fu dichiarata nulla, e chiamati a succedere gli eredi intestati[44]. Pei figli adottati Giustiniano ricorse alla distinzione da lui già prima posta[45].

—

CAPITOLO XX.

SUCCESSIONE DEI LIBERTINI.

620. I testamenti de' manomessi che erano cittadini romani andavano sì nell'estrinseco che nell'intrinseco, e specialmente in ordine alla diseredazione o preterizione dei figli, soggetti alle regole ordinarie. In difetto di testamento succedevano i figli di casa, non compresi però i generati nella schiavitù[1]. Dopo costoro le dodici tavole chiamavano il patrono e la patrona[2], e i figli del patrono coi discendenti ulteriori di linea maschile[3], senza distinzione di casato[4], e senza quelli della patrona[5]. La manomessa, come quella che non poteva aver figli di casa, era sempre redata

(44) *Nov.* 115. *c.* 3. 4. 5. pr.
(45) C. 10. C. *de adopt.* (8. 48), § 14. J. *de heredit.* (3. 1), § 5. J. *de exher* (2. 13), § 2. J. *de inoffic.* (2. 18).
(1) Vedi § 486, nota 24. 25. 26.
(2) Ulpian. xxix. 1. 2. 6, *Collat. leg. Mos.* xvi 8; Gajus iii. 40. 49. 51.
(3) Ulpian. xxvii. 1-4; Gajus iii. 58. Cfr. § 470, nota 27.
(4) Ulpian. xxix. 4. 5; Gajus iii. 46. La *c.* 4. C. *de bon. libert.* (6. 4), desunta dalle Basiliche, fa menzione su questo punto di una finzione singolare.
(5) Più tardi, forse colla legge Papia Poppea, la cosa mutò, *fr.* 22. D. *de iure patron.* (37. 14), Gajus iii. 53.

innanzi tutti dal patrono[6], la qual regola mutò soltanto col senatoconsulto Orfiziano[7]. Ultima succedeva la gente[8]. La *capitis deminutio*, secondo le regole ordinarie, annullava questi diritti di successione[9].

621. Ma l'editto pretoriano s'intruse anche in ciò a suo modo[10]. Ei chiamò primi, come fra gl'ingenui, i figli e di casa ed emancipati; poi quelli chiamati ad eredi dal diritto civile; appresso i cognati del manomesso, i quali, per non tenersi conto delle parentele contratte in ischiavitù, non potevano essere che de' discendenti. Dietro costoro venivano ancora quattro ordini, cioè: la famiglia del patrono, ossia i suoi agnati principalmente, esso patrono e patrona, i loro figli e genitori, la qual cosa cadeva specialmente a quelli in acconcio tuttavolta che per una sopravvenuta *capitis deminutio* non erano ammessi in un ordine poziore, il coniuge superstite, e finalmente i cognati del manumissore. Anche il patrono del patrono aveva un diritto alla *bonorum possessio*[11]; ma non è certo l'ordine di ammessione.

622. Quest'ordinamento fu però di nuovo modificato in tre punti. Primieramente una disposizione dell'editto nata da una singolare combinazione[12]

(6) Gajus I. 192. III. 51; Ulpian. XXIX. 2.
(7) *Fr.* 1. pr. D. *ad* SC. *Tertyll.* (38. 17). Ulpiano XXIX. 2 accenna ancora al diritto anteriore. Unterholzner tenta dei due passi un'altra conciliazione (Savigny *Zeitschrift* V. 33).
(8) Cic. *de orat.* I. 39.
(9) Gajus III. 51; Ulpian. XXVII. 5.
(10) I luoghi principali che ne parlano sono Ulpian. XXVIII. 7, *Collat. leg. Mos.* XVI. 9, § 3. 4. 5. (1. 2. 3) J. *de bon. possess.* (3. 9), Theophil. III. 9. § 3. 4. 5. Cfr. con essi le dissertazioni di Göschen, Löhr, Unterholzner e Huschke. Danz *Gesch. des röm. Rechts.* II. § 156 dà un sunto delle diverse opinioni.
(11) C. 4. C. *de bon. libert.* (6. 4).

sanci, che il manomesso non potesse più escludere con un testamento il patrono, ma avesse questi il diritto, ove non fosse instituito erede un figlio naturale, di chiedere contro il testamento la *bonorum possessio* della metà [13]. Lo stesso diritto la legge Papia Poppea diè alle figlie del patrono, alla patrona ed a' suoi figli, nel solo caso però ed in premio della fecondità [14]. L'emancipazione, l'adozione, ed altra siffatta *capitis deminutio* non cancellavano questi diritti di successione[15]. Tutto questo però non riguardava che il testamento di un *libertus*. Quanto alla liberta, il patrono non aveva d'uopo, ad assicurare il proprio diritto, della *bonorum possessio* d'una metà, poichè in forza della sua tutela nel testare disponeva di lei a talento. La cosa mutò di certo allorchè la legge Papia Poppea concesse alla manomessa, in premio della nascita di quattro figli, l'esenzione dalla tutela; ma per ciò pure fu dato al patrono verso di lei il diritto ad una porzione di figlio [16]. La patrona non aveva in origine contro il testamento di una libertina aiuto di sorta; e sol dalla legge Papia Poppea ottenne, quando però avesse procreato, gli stessi diritti che l'editto dava al patrono [17]. Analoghe disposizioni s'introdussero in pro dei figli del patrono e della patrona di una libertina [18]. In secondo luogo l'editto statuì, che dall'eredità del mano-

(12) Vedi § 471.
(13) Gajus iii. 40. 41; Ulpian. xxix. 1.
(14) Ulpian. xxix. 4. 5. 6; Gajus iii. 45. 46. 49. 50. 53.
(15) *Fr.* 2. § 2. *fr.* 5. § 1. *fr.* 11. 12. § 7. *fr.* 38. 39. 50. § 5. D. *de bon. libert.* (38. 2).
(16) Ulpian. xxix. 2. 3; Gajus iii. 43. 44.
(17) Gajus iii. 52.
(18) Gajus iii. 45. 47. 53.

messo morto senza testamento i soli figli naturali, e non più, come in addietro, un *suus* artificiale, come un adottato o la moglie in mano, avessero virtù di escludere il patrono, il quale unitamente a' suoi figli, come nel caso precedente, ottenne il diritto contro un tal manomesso alla *bonorum possessio* della metà, diritto che colla legge Papia Poppea fu egualmente esteso alle figlie del patrono, alla patrona ed a' costei figliuoli[19]. Questa disposizione non aveva tratto alle libertine, perchè queste non potevano aver *sui*. Le alienazioni tra vivi ad arte fatte per accorciare il patrono si potevano rivocare coll'*actio Faviana* e *Calvisiana*[20]. In terzo luogo la legge Papia Poppea diè al patrono, anche in concorso di figli naturali del manomesso, non che alla patrona, se *ingenua* e avente almeno tre figli, un diritto di legittima, semprechè il manomesso avesse lasciato un patrimonio di cento mila sesterzi e meno di tre figli[21].

623. Nuove disposizioni s'aggiunsero a queste con Valentiniano III (A. 447). I figli del manomesso vennero chiamati primi a succedere, e fra essi andarono pur compresi, se liberi a tal epoca, quelli generati in servitù. In mancanza di figli rimase il vecchio diritto del patrono o della patrona. Ma i diritti della loro prole furono limitati. Essa ritenne contro testamento il diritto non più alla metà, ma al terzo, e questo stesso diritto venne ristretto ai figli, escluse le figlie. In mancanza poi di testamento, il padre,

(19) Vedi nota 13. 14.

(20) PAUL. *sent. rec.* III. 3; *tit.* D. *si quid in fraud. patroni* (38. 4).

(21) GAJUS III. 42. 50; ULPIAN. XXIX. 7. La giusta lezione di quest'ultimo passo ci è data da UNTERHOLZNER nella SAVIGNY *Zeitschrift* v. 103.

la madre, il fratello o la sorella del manomesso, stati mai sempre negletti, acquistarono, se liberi, una metà, devolvendosi l'altra agli eredi del manumissore. Lo stesso fu decretato in ordine alla libertina. Quindi i suoi figli, che prima pigliavano posto fra i cognati, ebbero la precedenza su quelli del manumissore [22]. Giustiniano finalmente ridusse il tutto nella forma che segue. Primi a succedere sono i figli naturali del manomesso senza considerazione di agnazione, o di nascita anteriore o posteriore alla manumissione. Vengono quindi il patrono e la patrona, oppure i loro figli naturali senza rispetto egualmente di agnazione, od i collaterali sino al quinto grado inclusivamente. Ultimo è il coniuge superstite. Se il manomesso vuol far testamento, e se ha meno di cento libbre d'oro, può non onorare il patrono; ma nel caso contrario, e se non sono instituiti figli naturali, il patrono, la patrona e loro discendenti hanno il diritto a un terzo dell'eredità [23]. Del resto, anche contro i discendenti del manomesso aveva luogo una successione per patronato e gentilità [24].

624. La successione agli affrancati dal mancipio, ed in ispecie ai figli emancipati era governata dagli stessi principi. Qui specialmente appariva, quanto importasse pel padre, che la manumissione da lui medesimo si operasse. Al figlio emancipato pertanto succe-

(22) *Nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXIV. *de libertis.* § 2-8.

(23) *C.* 4. C. *de bon. libert.* (6. 4), § 10. J. *de grad. cognat.* (3. 6), § 3. J. *de success. libert.* (3. 8), § 2. (5. 6) J. *de bonor. possess.* (3. 9).

(24) CIC. *de orat.* I. 39, *Collat. leg. Mos.* XVI. 8, *c.* 4. C. *de bon. libert.* (6. 4). Vedi in proposito UNTERHOLZNER nella SAVIGNY *Zeitschrift* V. 115.

devano in primo luogo i figli proprii e di casa ed emancipati; appresso il padre come manumissore. Alla figlia emancipata succedeva per primo il padre come manumissore, non potendo ella aver figli nè dell'una nè dell'altra specie; e fu Valentiniano II (A. 383) che a' suoi figli assegnò il primo rango[25]. In mancanza di padre, e se vi era la madre, imperava il senatoconsulto Tertulliano; se no, l'editto. Se il manumissore non era il padre naturale, ma un estraneo, ei succedeva dietro l'editto non nel secondo o primo ordine, ma dopo dieci dei prossimiori cognati[26]. Questa differenza però cadde colle nuove forme di emancipazione, che più non consentirono manumissori estranei[27], e con ciò fu anche tolta da Giustiniano la classe dei dieci[28]. Lo stesso Giustiniano prepose i fratelli e sorelle del figlio emancipato a' suoi genitori, riservato a questi il nudo usufrutto[29]. Ma colla novella 118 invalsero in questo rispetto le regole ordinarie. Il manumissore, se padre naturale od avo, aveva pure a mo' del patrono il diritto di reclamare contro il testamento dell'emancipato la metà dell'eredità[30], ma senza il soccorso dell'azion Faviana e Calvisiana[31].

625. Se l'affrancato da servitù non era cittadino ro-

(25) *C.* 3. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1). Onde il senatoconsulto Orfiziano non alludeva a questo caso.

(26) *Collat. leg. Mos.* XVI. 9, § 3. J. *de bonor. possess.* (3. 9).

(27) § 8. J. *de legit. adgnat. success.* (3. 2), c. 4. C. *de bon. libert.* (6. 4).

(28) § 4. J. *de bonor. possess.* (3. 9).

(29) *C.* 7. § 1. C. *ad SC. Tertyll.* (6. 56), c. 13. C. *de legit. hæred.* (6. 58).

(30) *Fr.* 1. 3. 5. D. *si a parente* (37. 12), *fr.* 2. § 15. 16. D. *ad SC. Tertyll.* (38. 17), § 6. J. *quib. mod. ius potest.* (1. 12), THEOPHIL. I. 12. § 6.

(31) *Fr.* 2. D. *si a parente* (27. 12).

mano, ma semplice latino Giuniano, la sua eredità per disposizione espressa della legge Giunia si devolveva comè peculio al padrone, a quel modo che prima di essa legge avveniva della successione di uno fatto libero in modo puramente fattizio. L'eredità era quindi contata fra le cose del padrone, e se questi era premorto, si devolveva a quelli che avevano a lui succeduto [32]. Però il senatoconsulto Largiano sotto Claudio diede ai figli del manumissore che non fossero nominativamente diseredati un diritto proprio di successione poziore a quello degli eredi estranei [33]. L'eredità del latino che senza il consenso del patrono aveva ottenuto dall'imperatore il cittadinatico soggiaceva per editto di Traiano alle stesse regole vigenti per quella di un latino [34]. Se il manomesso era stato meramente un deditizio nel senso della legge Elia Senzia, il suo avere si devolveva al patrono a titolo or di eredità or di peculio [35].

—

CAPITOLO XXI.

ACQUISTO DI UNA SUCCESSIONE.

626. Allorchè il defunto aveva lasciato un testamento, chi lo riteneva doveva nello spazio al più di cinque giorni dal seguito decesso consegnarlo ad un pubblico ufficiale perchè si aprisse [1]. Pubblici uf-

(32) Gajus III. 55-62. Vedi § 463.
(33) Gajus III. 63-71, § 4. J. *de success. libert.* (3. 7).
(34) Gajus III. 72. 73, § 4. J. *de success. libert.* (3. 7).
(35) Gajus III. 74. 75. 76.
(1) Paul. *sent. rec.* IV. 6. § 3, *fr.* 2. § 8. D. *testam. quemadm.* (29. 3), c. 1. 4. C. *quemadm. testam* (6. 32).

ficiali erano i pretori, i governatori, i maestrati civici, ed il maestro del censo in Costantinopoli[2]. Il testamento si dissuggellava in presenza dei testimoni ascritti sulla parte esteriore, ed occorrendo, d'altri personaggi, si leggeva, se ne davano copie, e l'originale si depositava nell'archivio [3].

627. Il diritto civile poneva in ordine all'acquisto delle eredità un' importante distinzione. Le persone state nella podestà del defunto, se chiamate a succedergli, ne divenivano, subito dopo il decesso, ed anche loro malgrado, eredi. Tal era dello schiavo manomesso e fatto erede nel testamento, nonchè di quelli messi in condizione eguale e avuti in mancipio; tal era per ultimo di quelli stati soggetti al defunto come persone di casa, senza distinzione di successione testamentaria od intestata. Gli eredi delle due prime specie si chiamavano *heredes necessarii*, quelli dell'ultima *sui et necessarii*. L'essere l'eredità oberata non era causa di esenzione; che anzi spesso l'instituzione d'erede in capo ad uno schiavo serviva a coprir la vergogna del defunto. Più tardi però il pretore diede alle persone di casa ed a quelle state in mancipio il diritto di astenersi dall'eredità [4].

628. Gli eredi d'altra specie si chiamavano *heredes extranei*, ed avevano la scelta di accettare o ripudiare l'eredità deferta[5]. L'accettazione poteva farsi

(2) C. 4. C. Th. *de testam.* (6. 4), c. 23. C. *de testam.* (6. 23).

(3) PAUL. *sent. rec.* IV. 6. § 1. 2, *fr.* 1. 2. pr. § 5. 6. *fr.* 4. 5. 6. 7. D. *testam. quemadm.* (29. 3), c. 2. 3. C. *quemadm. testam.* (6. 32). Vedi SAVIGNY *Röm. Recht im Mittelalter* I. § 27.

(4) GAJUS II. 152-160; ULPIAN. XXII. 24, *Collat. leg. Mos.* XVI. 3.

(5) GAJUS II. 162. 163.

in tre modi: per solenne dichiarazione in faccia a testimoni, che si chiamava *cernere hereditatem* [6], per semplice espressione di volontà, o tacitamente col tenere un contegno da erede [7]. La prima forma venne più tardi abolita [8]. Ordinariamente si avea fra esse tre la scelta. Il successibile non aveva per legge un termine fisso a dichiararsi, e toccava agli interessati il fargliene istanza. Erano questi o i creditori o il defunto stesso. I primi potevano rivolgersi al pretore, e far da questi assegnare un termine al successibile [9]. Il secondo poteva fare un testamento e in esso prescrivere la cerna (*cretio*) ossia la dichiarazione solenne dentro un certo termine, pel consueto di cento giorni. La formola a ciò usata era quella che rendeva la cerna o *vulgaris* o *certorum dierum*, che cioè recava se i cento giorni dovevano calcolarsi dalla scienza e possibilità dell'erede chiamato, ovvero assolutamente [10]. Se la cerna era prescritta e decretata, pel caso in cui venisse ommessa, la diseredazione, il successibile non poteva trar frutto dall'essersi portato erede senza cerna, e trascorso il termine, l'erede eventualmente sostituito ne pigliava senz'altro il posto. Che se la diseredazione non era formalmente pronunciata, ciascun dei due era erede; il primo per la gestione in qualità d'erede, il secondo per l'ommessa cerna; e venivano

(6) Gajus ii. 166; Ulpian. xxii. 28; Varro *de ling. lat.* vi. 81. vii. 98; Cic. *ad Attic.* xi. 2. 12.
(7) Gajus ii. 167, Ulpian. xxii. 25. 26.
(8) C. 1. C. Th. *de cretione* (4. 1), c. 1. 4. 8. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18), c. 17. C. *de iure delib.* (6. 30), § 7. J. *de hæred. qualit.* (2. 19).
(9) Gajus ii. 167, *fr.* 23. § 1. 2. D. *de hæred. instit.* (28. 5).
(10) Gajus ii. 164-166. 168-173; Ulpian. xxii. 27. 30. 31. 32; Cic. *ad Attic.* xiii. 46; Isidor. *Orig.* v. 24.

a riparto[11]. Del resto, la dichiarazione di adizione poteva farsi anche prima dell'apertura del testamento. Veramente questa regola fu mutata dalla legge Papia che per ragioni fiscali aggiudicò all'erario l'eredità quando il successibile morisse prima dell' adizione; ma Giustiniano la rimise in vigore[12].

629. La *bonorum possessio* non si acquistava mai di pien diritto, e gli stessi schiavi e figli di casa dovevano chiederla in data forma a un maestrato romano che avesse l'imperio[13]. Più tardi si dichiarò sufficiente ogni istanza fattane anche a semplici maestrati civici[14]. Ai successibili fu imposto un certo termine, dell'anno pei discendenti e ascendenti, di giorni cento per gli altri[15]. Se la domanda, come ordinariamente avveniva, si fondava sulla delazione immediata secondo l'editto, il pretore dava il possesso mediante una semplice dichiarazione; diversamente si rendeva necessaria una solenne inchiesta e decisione di tribunale[16].

630. Finchè l'eredità non era adita, o la *bonorum possessio* non instata, s'intendeva quella deferta alla sola persona del successibile, il quale perciò, mo-

(11) GAJUS II. 174-178; ULPIAN. XXII. 33. 34. Il secondo è il caso dell' *imperfecta cretio*.

(12) *C. un.* § 1. 5. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).

(13) *Fr.* 3. 4. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 26. pr. D. *ad municipal.* (50. 1).

(14) C. 9. C. *qui admitti* (6. 9), *c.* 7. § 3. C. *de curat. furiosi* (5. 70), § 10. J. *de bon. poss.* (3. 9).

(15) *Fr.* 1. § 8-18. D. *de success. edict.* (38. 9), § 9. J. *de bon. poss.* (3. 9).

(16) *Fr.* 3. § 8. D. *de bon. poss.* (37. 1), *fr.* 2. § 1. D. *quis ordo* (38. 15), *fr.* 4. D. *de coniung. cum emanc.* (37. 8). Quinci la distinzione di *bonorum possessio edictalis* e *decretalis*, *fr.* 1. § 4. D. *si tabulæ* (38. 6), *fr.* 1. § 7. D. *de success. edicto* (38. 9).

rendo nell'intervallo, non trasmetteva a' suoi eredi l'acquistato diritto [17]. Alcune eccezioni che la giurisprudenza [18], e in appresso Teodosio [19] e Giustiniano [20] fecero a questo principio, non deggiono qui essere altrimenti discorse. Per singolare disposizione, il solo erede intestato, non il testamentario, poteva trasferire in altri per giudizial cessione l'eredità non ancor adita [21]. Se l'eredità era deferta a un figlio o ad un nipote del defunto ancor nel grembo materno, la madre a guarentigia degli interessi di lui doveva fare istanza, ed essere quindi messa, congiuntamente a un curatore, nel possesso momentaneo di quella [22]. Per parità di ragione, l'infante chiamato all' eredità ed a cui si contestava la legittimità, poteva ottenere contro cauzione, giusta l'editto del pretore Carbone, il possesso interinale fino alla maggior età [23].

631. L'effetto dell'acquisto secondo il gius civile stava nel porre intieramente l' erede nel luogo del defunto [24]. Quindi la proprietà quiritaria [25] e i diritti d'azione passavano in lui di tuttonpunto. Egli era parimenti tenuto ai debiti come se li avesse contratti

(17) C. 7. C. *de iure deliber*. (6. 30).
(18) *Fr.* 3. § 30. *fr.* 4. D. *de SC. Silan.* (29. 5), *fr.* 4. § 3. *fr.* 5. D. *de bon. poss. contra tab.* (37. 4), *fr.* 12. D. *de Carbon. edict.* (37. 10).
(19) *C. un.* C. *de his qui ante apert. tabul.* (6. 52).
(20) C. 19. C. *de iure delib.* (6. 30), c. 1. § 5. C. *de caduc. toll.* (6. 52).
(21) Gajus II. 34-37. III. 85-87; Ulpian. XIX. 12. 13. 14.
(22) *Tit.* D. *de ventre in possess. mittendo* (37. 9).
(23) *Tit.* D. *de Carboniano edicto* (37. 10).
(24) *Fr.* 24. D. *de verb. sign.* (50. 16), *fr.* 59. 62. D. *de regul. iur.* (50. 17).
(25) Varro *de re rust.* II. 10.

in proprio[26]. Nella successione pretoriana occorrevano per analogia gli stessi effetti. Mercè la finzione che il successore è anche erede, a lui pure si applicavano i diritti d'azione a favore e contro degli eredi veri[27]. Egli però non acquistava che la proprietà naturale; e solo per virtù di usucapione mutavasi questa in quiritaria[28]. L'erede doveva adunque per ragion dei debiti andar cauto nella sua dichiarazione di adizione, e sempre quando i creditori lo stringevano, gli era dato un congruo termine a deliberare[29]. Ma Giustiniano trovò per lui un mezzo speciale di assicurazione, cioè l'adizione previo inventario[30]. Con ciò la concessione di un termine a deliberare si rese propriamente superflua; ma egli lasciò anche sussistere questo spediente cogli effetti suoi proprii[31].

632. Alla prossecuzione de' suoi diritti contro terzi l'erede civilista aveva l'*hereditatis petitio*, che da un senatoconsulto dei tempi di Adriano fu minutamente regolata[32]. Finchè quest'azione non era formata, le altre azioni sull'eredità potevano intentarsi secondo il diritto antico, ma con riserva; più tardi il convenuto le poteva respingere con un'ecce-

(26) *Fr.* 8. pr. D. *de acquir. vel omitt. hæred.* (29. 2).
(27) Gajus III. 32. 81. IV. 34; Ulpian. XXXVIII. 12.
(28) Gajus III. 80.
(29) Gajus II. 167, *fr.* 1-5. D. *de iure deliber.* (28. 8), c. 9. C. *de iure deliber.* (6. 30).
(30) C. 22. C. *de iure deliber.* (6. 30), § 6. J. *de hæred. qualit.* (2. 19), *nov.* 1. c. 2.
(31) C. 22. § 13. 14. C. *de iure deliber.* (6. 30), § 6. J. *de hæred. qualit.* (2. 19).
(32) *Fr.* 20. § 6. D. *de hæred. petit.* (5. 3), c. 1. pr. C. *de petit. hæred.* (3. 31).
(33) Gajus IV. 133, *fr.* 1. § 1. D. *famil. herc.* (10. 2), *fr.* 13. D. *de except.* (44. 1), *fr.* 25. § 17. D. *de hæred. petit.* (5. 3).

zione, e così fu sino a Giustiniano, che regolò la cosa altrimenti[34]. Il successore pretoriano aveva per procacciarsi il possesso delle cose ereditarie contro terzi un interdetto particolare[35], oltre ad un' *hereditatis petitio possessoria*, introdotta non si sa come e per qual motivo[36]. Un editto di Adriano volto a un più sollecito pagamento delle tasse di successione diè anche all'erede testamentario lo special diritto di chiedere, con fede del testamento debitamente aperto innanzi al maestrato, la momentanea immissione in possesso[37].

633. Quando gli eredi erano più, i crediti e debiti di danaro si ripartivano di pien diritto sin dai tempi delle dodici tavole in altrettante parti[38]. Le altre cose restavano in comunione, fatta però ad ogni coerede la facoltà di chiederne con un'azione introdotta dalle stesse dodici tavole la separazione[39]. I figli di casa dovevano naturalmente imputar nella massa il conceduto peculio, quando non fosse lor prelegato[40]. Ma d'altro canto anche l'emancipato, quando secondo l'editto succedeva con quei di casa nella classe dei figli o contro il testamento, doveva conferir nella massa tutto che aveva con giusto titolo

(34) *C.* 12. C. *de petit. hæred.* (3. 31).

(35) *Interdictum quorum bonorum*, Gajus III. 34. IV. 144; D. XLIII. 2; C. J. VIII. 2; C. Th. IV. 21. Savigny fu il primo a chiarire nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch.* Vol. V. N° I. Vol. VI. N° III. la significazione di quest'interdetto.

(36) *Fr.* 1. 2. D. *de possess. hæred. petit.* (5. 4).

(37) *C.* 26. C. Th. *quor. appellat* (11. 36), Paul. *sent. rec.* III. 5. § 14-18, *c.* 3. C. *de edicto D. Hadr.* (6. 33).

(38) *Fr.* 25. § 13. D. *famil. herc̃isc.* (10. 2), *c.* 6. C. *famil. herc̃isc.* (3. 36).

(39) *Fr.* 1. pr. D. *famil. herc̃isc.* (10. 2), Festus *v. Erctum citum*, Servius *ad Æn.* VIII. 642.

(40) *Fragm. Vatic.* § 294, *c.* 13. C. *famil. herc̃isc.* (3. 36).

acquistato durante l'emancipazione [41]. Per parità di ragione, la figlia che voleva consuccedere doveva egualmente conferir la dote ricevuta [42].

654. Nell'antico diritto, finchè non era intervenuta adizione, ed anzi appena trascorso il termine dell'anno, l'eredità poteva essere da altri usucatta come cosa vacante [43]. Ma sin dai primi tempi dell'impero prevalse nella giurisprudenza la massima contraria [44]. Tuttavia l'usucapione continuò a sussistere pei singoli effetti ereditarii; anzi pure, finchè l'erede non aveva ottenuto il possesso, ogni altro, credesse o non di essere erede, poteva occuparli e usucapirli [45]. Con ciò s'accordava pure la massima, che non si dava furto di cose ereditarie, finchè l'erede non le aveva a sè vindicate [46]. Siffatta usucapione veniva specialmente in acconcio all'erede pretoriano tuttavolta che poteva dell'eredità essere evitto da un erede civilista [47]. Ma un senatoconsulto nel regno di Adriano, forse lo stesso che regolò l'azione ereditaria, dichiarò tutte queste usucapioni invalide rispetto all'erede, cui diede la rivendi-

(41) Ulpian. xxviii. 4, *fr.* 1. pr. § 3. 5. D. *de collat.* (37. 6), *fr.* 1. pr. § 13. D. *de coniung. cum emanc. liber.* (37. 8), *c.* 18. 21. C. *de collat.* (6. 20).

(42) *Fr.* 1. pr. *fr.* 9. D. *de dot. collat.* (37. 7), *c.* 2. 3. 4. 7. 12. 14. 16. 17. 19. C. *de collat.* (6. 20).

(43) Gajus ii. 54; Cic. *ad Attic.* i. 5.

(44) Seneca *de benef.* vi. 5; Gajus ii. 54.

(45) Gajus ii. 52-56; Plinius *epist.* v. 1.

(46) Paul. *sent. rec.* ii. 31. § 11; Gajus iii. 201; *fr.* 68. 69. 70. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 1. § 15. D. *si is qui testam. liber.* (47. 4).

(47) Perocchè ogni *bonorum possessio*, compresa quella *sine re*, dava origine alla *possessio* ed *usucapio pro herede*, *fr.* 11. pr. D. *de hered. pet.* (5. 3), *fr.* 33. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3).

cazione, come se nulla fosse usucatto [48]. Lo stesso diritto fu poi anche dato all'erede pretoriano, ed ampliata in conformità la formola dell'interdetto di costui pertinenza [49]. Probabilmente il senatoconsulto sopra citato contemplò nel suo disposto tanto colui che aveva occupato ed usucatto la cosa ereditaria, sapendola d'altri, quanto colui che si era così diportato credendosi erede [50]. Del rimanente, se esso tolse all'usucapione il suo effetto, ciò fu per riguardo all'erede, non ai terzi; ond'è che anche dopo Adriano se ne poteva parlare come di cosa tuttavia in vigore. La giurisprudenza persino l'ammise di fronte a quelle persone che necessariamente e di pien diritto diventano eredi [51]; benchè più tardi rispetto ai figli di casa quest'opinione fu di nuovo abbandonata [52]. Ma dopochè Marco Aurelio permise di prosseguire in via straordinaria come un delitto la sottrazione di un'eredità [53], l'usucapione in discorso ebbe necessariamente a perdere per chi aveva occupato, sapendo di far male, la sua applicazione. Ed è perciò che nel diritto Giustinianeo non è più tenuta a calcolo che dell'occupante credutosi erede in buona fede [54].

635. Tutti i particolari sinora accennati avevano pure il lor fondamento nel trapasso in certa guisa

(48) Gajus ii. 57, c. 1. C. *de usucap. pro herede* (7. 29).
(49) *Fr.* 1. pr. D. *quor. bonor.* (43. 2).
(50) Vedi sopra lo stato di questa quistione le *Beiträge* i. 75-108. di L. Arndst.
(51) Gajus ii. 58. iii. 201. Io qui segno la spiegazione data da Unterholzner nel *Rhein. Museum* v. 30.
(52) C. 2. C. *de usucap. pro herede* (7. 29).
(53) *Fr.* 1. 2. D. *expil. hæred.* (47. 19.
(54) Intorno alle persone contro cui può ancora aver effetto, vedi Arndst *Beiträge* p. 103.

doveroso dei sacri in persona singola[55]. Per massima di giure pontificio questi sacri erano annessi al patrimonio[56]. Quindi secondo la teoria perfezionata al tempo di Cicerone la relativa obbligazione cadeva in primo luogo sugli eredi in comune, senza distinzione della grossezza di loro quota. Secondamente colpiva colui che in legati o donazioni per cagion di morte portava via la metà del patrimonio, benchè ad eludere un simil peso non mancassero sottigliezze; terzamente quello che come *bonorum possessor* od altrimenti usucapiva la miglior parte dell' eredità, nonchè, per interpretazione molto probabile, colui che fatto avesse a'creditori una più larga offerta per $^0/_0$, e così impegnata l'eredità; quarto e finalmente il debitore del defunto, come quello che, restando l'eredità vacante, si esonerava dal proprio debito[57].

CAPITOLO XXII.

LEGATI E FEDECOMMESSI.

636. Oltre all'instituzione d'erede si potevano anche far legati. Ma in ciò era d'uopo osservar varie cose. E primieramente a' legati doveva precedere la nomina dell'erede, formalità dichiarata indifferente non prima di Giustiniano[1]. In secondo luogo, il legato non poteva essere addossato a un legatario, ma solo ad un

(55) Vedi in proposito Savigny nella *Zeitschrift* II. 362-380.
(56) Vedi § 137, nota 34, 35.
(57) Festus *v. Sine sacris*, Cic. *de legib.* II. 19. 20. 21.
(1) Gajus II. 229. 230; Ulpian. I. 20. 21. XXIV. 15; Paul. *sent. rec.* III. 6. § 2., § 34. J. *de legat.* (2. 20).

erede [2]. Ancora, era indispensabile parlare in latino [3] e usar date parole imperative [4], formalità che poi fu tolta dai figli di Costantino sì nei legati che nelle instituzioni d'erede [5]. Se anticamente i legati potessero lasciarsi soltanto in un testamento di diritto civile, ovvero anche in un testamento pretoriano, è cosa dubbia. Oggetto del legato poteva essere tutto che assicurava all'onorato un vantaggio materiale [6]. Il legare però una cosa pel tempo dopo la morte dell' erede [7], od imporre a costui un legato per modo di pena non valeva [8]; e solo ai tempi di Giustiniano fu tolto l'uno e l'altro divieto [9]. Finalmente il lascio non si poteva far che a tali suscettivi di essere nominati eredi [10]. Il divieto però fatto dalla legge Voconia a cittadini della prima classe di pigliar donne in eredi non concerneva i legati; e il simile venne pur dichiarato sotto gl' imperatori per le città e corporazioni [12]. Disputavasi nelle scuole, se fosse valido il legato fatto al figlio di casa od allo schiavo dell'erede instituito [13].

(2) Gajus II. 260. 271; Ulpian. XXIV. 20.
(3) Gajus II. 281; Ulpian. XXV. 9.
(4) Ulpian. XXIV. 1.
(5) C. 21. C. *de legat.* (6. 37).
(6) § 4-21. J. *de legat.* (2. 20).
(7) Gajus II. 232. 233; Ulpian. XXIV. 16; Paul. *sent. rec.* III. 6. § 5. 6.
(8) Capitol. *Antonin. Pius* 8; Gajus II. 235. 236; Ulpian. XXIV. 17. *fr.* 1. 2. D. *de his quæ pœnæ causa* (31. 6).
(9) C. 1. C. *ut act. ab hæred.* (4. 11), § 35. J. *de legat.* (2. 20).
(10) C. 1. C. *de his quæ pœnæ nomine* (6. 41), § 36. J. *de legat.* (2. 20).
(11) § 24. J. *de legat.* (2. 20).
(12) Ulpian. XXIV. 28, *fr.* 20. D. *de reb. dub.* (34. 5).
(13) Gajus II. 244; Ulpian. XXIV. 23, § 32. J. *de legat.* (2. 20).

637. Gli effetti giuridici del legato variavano secondo le intenzioni espresse dal testante. La giurisprudenza distingueva in tal proposito quattro forme[14]. Se, giusta l'espressione adoperata dal testatore, il legatario doveva per diretto acquistar la cosa legata dall'eredità, il dominio quiritario passava in quello nel punto stesso dell'adizione ereditaria senza veruna cooperazione dell'erede, e il legato poteva essere chiesto per vindicazione[15]. Ma in questa forma naturalmente non si potevano legar che gli effetti ond'era data vindicazione, e stati nel dominio quiritario del defunto[16]. All'incontro, se la disposizione era indirizzata all'erede, per modo che avesse questi a dare al legatario la cosa o fare un atto, ne nasceva semplicemente un vincolo obbligatorio ed un'azion personale[17], cioè una dinunzia nel primo caso[18], un'*actio incerti* nel secondo[19]; e la proprietà della cosa non si acquistava altrimenti che per mancipazione o tradizione. In questa forma potevano anche legarsi oggetti avuti dal testatore in nuda proprietà naturale, e le cose d'altri o future[20]. Una terza forma di lascio era la semplice ingiunzione all'erede di lasciar che il legatario si pigliasse la cosa. Di questo modo si poteva legare non solamente la cosa del testatore, ma quella dell' erede, naturalmente esclusa sempre

(14) *Legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*, GAJUS II. 192; ULPIAN. XXIV. 2.
(15) GAJUS II. 193. 194. 195. 199. 200; ULPIAN. XXIV. 3. 12.
(16) GAJUS II. 196. 198; ULPIAN. XXIV. 7.
(17) GAJUS II. 201. 204. 205; ULPIAN. XXIV. 4. 13.
(18) *Fr.* 9. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1).
(19) *Fr.* 8. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5), *fr.* 1. D. *de usu et usufr.* (33. 2).
(20) GAJUS II. 202. 203. 262. 280. 282. 283; ULPIAN. XXIV. 8. 9.

l'altrui[21]. La quarta forma infine recava, che la cosa dovesse essere anticipatamente prelevata. Quest'espressione importava che la cosa legata non poteva esser d'altri, ma unicamente di quelle appartenenti all'eredità, e che il legato era fatto soltanto a un coerede, il quale poi lo reclamava coll'azione a divisione e ne acquistava la proprietà coll'aggiudicazione. I Proculiani però sostenevano valido il legato anche fatto a un estraneo, e lo consideravano come espresso in forma di vindicazione[22]. Ma sin dai tempi di Nerone tutte queste dottrine vennero gravemente modificate da un senatoconsulto. Per esso il legato, invalido per gius civile a motivo dei termini difettivi usati nel farlo, ed il legato segnatamente di cosa altrui espresso in forma non legale, fu dichiarato fatto in forma di dannazione (*damnatio*)[23]. Giustiniano finalmente tolse ogni distinzione, dichiarando ogni legato suscettivo di azione sì reale che personale[24]. E quest'ultima non è più propriamente una dinunzia a dazione, ma un'azione a tradizione[25].

638. La forma dei legati non era però bastante a tutti i casi. Facilmente poteva accadere che si volesse lasciare a persona incapace di una instituzione d'erede o di un legato, e segnatamente a un peregrino[26]. Il testatore allora si aiutava col far erede un altro e pregar questo di restituire a quello la cosa. In

(21) GAJUS II. 209-215. 280; ULPIAN. XXIV. 5. 10.
(22) GAJUS II. 216-223; ULPIAN. XXIV. 6. 11; PAUL. *sent. rec.* III. 6. § 1.
(23) GAJUS II. 197. 212. 218. 220. 222; ULPIAN. XXIV. 11a.
(24) C. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43), § 2. J. *de legat.* (2. 20).
(25) La ragione di ciò si ha nel § 560.
(26) GAJUS II. 285.

origine, l'adempimento d'un simil voto era un affare di pura coscienza, ma Augusto deferì la cognizione di questi negozi ai consoli con una delegazione speciale da rinnovarsi ogni anno, e Claudio la collocò fra gli attributi permanenti non pur de' consoli, ma di due pretori appositamente nominati e dei governatori delle provincie [27]. Tal fu l'origine de' fedecommessi, delle disposizioni fatte per modo di preghiera [28]. Tra essi ed i legati correvano gravi differenze, e la maggior parte delle restrizioni relative ai legati ed alle instituzioni d'erede erano loro estranee [29]. Le donne segnatamente senza rispetto alla legge Voconia, ed i latini Giuniani potevano acquistar fedecommessi [30]. In origine gli stessi peregrini, i celibi attempati, e le persone incerte n'erano capaci; ma i senatoconsulti mutarono la cosa, e più tardi non fu meno vietato d'imporre all' erede per modo di pena un legato che un fedecommesso [31].

639. L'azione nascente da un fedecommesso non era soggetta, come pei legati, al processo formolare ordinario, ma trattata per modo di cognizione straordinaria [32]. Ella si restringeva alla consegna della cosa; ed anche la proprietà non si acquistava che

(27) § 1. J. *de fideicomm.* (2. 23), *fr.* 2. § 32. D. *de orig. iur.* (1. 2), SUETON. *Claud.* 23; QUINTIL. *Inst. orat.* III 6. § 70; ULPIAN. XXV. 12; GAJUS II. 278.

(28) ULPIAN. XXV. 1-5; GAJUS II. 249. 260-262; PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 5-9.

(29) GAJUS II. 268. 269. 271. 272. 276-283; ULPIAN. XXV. 8. 9. 10; PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 11. 12.

(30) GAJUS I. 24. II. 274. 275; ULPIAN. XXV. 7.

(31) GAJUS II. 284-288; ULPIAN. XXV. 13; § 25. 27. J. *de legat.* (2. 20).

(32) GAJUS II. 278-280; ULPIAN. XXV. 12; PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 18.

per mancipazione, tradizione ed usucapione. Un'immissione è a questo riguardo menzionata di significazione per noi incerta [33]. Ma il divario oradetto di procedimento sparì di certo in massima parte colle mutazioni invalse nella processura. Ed è per ciò che Giustiniano nella stessa costituzione, ove tolse la differenza de' legati, eguagliò pur questi compiutamente nei diritti d'azione a' fedecommessi, conferendo ad entrambi un'azione sì reale che personale [34]. Non guari dopo li fuse in un sol sistema [35]. In quella prima costituzione egli diè anche al legatario e fedecommessario per guarentigia un' ipoteca legale sugli effetti ereditarii, abolita però l'anzidetta immissione [36].

640. Contemporaneamente ai fedecommessi e in occasione di uno dei medesimi nacque un'altra grave innovazione. Le disposizioni non fatte in testamento, ma per semplici codicilli acquistarono forza giuridica. Da prima questa novità non sembra essere invalsa che pei codicilli confermati nel testamento [37]; e così fu ancora più tardi riguardo ai legati. I fedecommessi all'incontro erano validi anche in codicillo non confermato [38], e potevano imporsi allo stesso erede intestato [39]. Non pertanto nelle instituzioni d'erede e in ciò

(33) PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 15. 17, *c.* 1. C. *commun. de legat.* (6. 43).
(34) C. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43).
(35) C. 2. C. *commun. de legat.* (6. 43), § 3. J. *de legat.* (2. 20).
(36) C. 1. 3. § 2. C. *commun. de legat.* (6. 43), § 2. J. *de legat.* (2. 20).
(37) Pr. J. *de codicill.* (2. 25), PLINIUS *epist.* II. 16.
(38) GAJUS II. 270; ULPIAN. XXV. 8; PAUL. *sent. rec.* IV. 1. § 10.
(39) GAJUS II. 270; ULPIAN. XXV. 4, § 10. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23), § 1. J. *de codicill.* (2. 35).

che a queste si riferiva il codicillo non era lecito[40]. Non aveva questo una forma fissa; e se più tardi convenne che fosse fatto innanzi a un dato numero di testimoni[41], si procedeva però in complesso senza solennità[42]. Anzi pure Giustiniano stabilì, potersi deferire il giuramento al gravato di un fedecommesso lasciato senza scrittura e testimoni[43].

641. In ordine alla quantità dei legati la volontà del testante non aveva in origine verun confine. Ma ciò tornava dannoso all'erede come ai legatarii, poichè se il primo ripudiava un'eredità assorbita da legati, tutto il testamento rimaneva ineseguito[44]. Quindi è, che la legge Furia fissò il massimo d'un legato, salvo fra cognati sino al sesto grado e figli sobrini[45], in mille assi[47]. Questa legge però tornava egualmente contraria all'interesse dei legatarii che dell'erede; di quelli, perchè senza distinzione di fortuna si assegnava a ciascun legato la stessa insignificante grossezza; di questo, perchè non era tolta la possibilità che la massima parte, anzi l'eredità intiera fosse assorbita da molti di tai piccoli legati. Il primo inconveniente dovette specialmente cader di mira nella compilazione della legge Voconia (A. 585), la quale vietando ai cittadini della pri-

(40) *Fr.* 10. D. *de iure codic.* (29. 7), § 2. J. *de codicill.* (2. 25).
(41) C. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4), c. 8. § 5. C. *de codicill.* (6. 36). Il secondo passo, stando alla c. 7. C. Th. *de testam.* (4. 4), sembra essere un'aggiunta di Giustiniano.
(42) § 3. J. *de codicill.* (2. 25).
(43) C. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42), § 12. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23).
(44) Gajus II. 224.
(45) *Fragm. Vatic.* § 301; Ulpian. XXVIII. 7.
(46) Gajus II. 225. IV. 23; Ulpian. I. 2; Theophil. II. 22. pr.

ma classe l'instituzione di donne in eredi [47], non lasciava a queste che l'aspettativa di quei piccoli legati. Il perchè tolse codesta legge pei cittadini censiti di prima classe una simile restrizione, concedendo ai medesimi di legare sì a donne che ad uomini tanto quanto restava in complesso all'erede od agli eredi [48]. Con ciò si provvide anche indirettamente all'interesse degli eredi meglio che colla legge Furia. Ma in ordine ai cittadini delle classi inferiori serbossi al certo in vigore il diritto della legge Furia. Le due leggi però furono abolite dalla legge Falcidia, la quale col primo capo diè facoltà di legare come si volesse, e col secondo pose per sola restrizione, che agli eredi si lasciasse almeno un quarto [49]. Col senatoconsulto Pegasiano sotto Vespasiano questa legge fu pure applicata ai fedecommessi [50], ed Antonino Pio la estese a sua volta all'erede intestato [51].

642. Del rimanente il legato poteva essere non

(47) Vedi § 604 *supra*.

(48) Cic. *in Verr.* II. 1, 43. *Quid? Si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet.* Laonde, quand'anche più fossero gli eredi, il legato poteva abbracciare anche mezzo il patrimonio, ma non di più. Altro reca certamente l'interpretazione di Gajus II. 226; Theophil. II. 22. pr. Stando alla quale, il singolar legatario non poteva più venir come erede, ma ben poteva l'eredità essere assorbita con molti legati salva una piccola parte. Senonchè ciò torna inconciliabile con quanto Cic. *de leg.* II. 19. 20 riferisce del giure pontificale, che questo cioè tratta fra gli altri anche il caso, in cui uno *morte testamentove tantumdem capiat, quantum omnes heredes*, ovvero una *legata pecunia non minor esset facta, quam heredibus omnibus esset relicta.* Onde è forza ammettere che Gaio non ha compreso a dovere il senso di una legge da lunghissimo tempo abolita.

(49) *Fr.* 1. pr. D. *ad l. Falcid.* (35. 2), Gajus II. 227; Ulpian. XXIV. 32; Dio Cass. XLVIII. 33, pr. J. *de l. Falcid.* (2. 22).

(50) Gajus II. 254, § 5. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23).

(51) *Fr.* 18. pr. D. *ad l. Falcid.* (35. 2).

solo di cose individue, ma di una parte proporzionale dell'eredità, servati sempre i limiti testè indicati[52]. Quest'ultimo legato era quasi un'instituzione d'erede; e l'unica differenza stava in ciò che i creditori dell'eredità dovevano in tutti i casi rivolgersi non al legatario, ma all'erede. Quindi costui nel dividere col legatario si doveva riservare con stipulazioni a parte il regresso contro il medesimo[53]. Similmente all'erede poteva imporsi con un fedecommesso la restituzione di una parte, od anco di tutta l'eredità[54]. Dapoi Augusto questa forma, come meno complicata, fu non dubbiamente usata più di quella del legato. Fedecommessi di tal natura potevano segnatamente lasciarsi in semplici codicilli non confermati[55]. In ordine ai debiti e crediti, qui pure occorreva la difficoltà, che il fedecommessario non poteva agire od essere convenuto in nome proprio; ond'è che si adottò il ripiego di una vendita simulata, che l'erede passava con lui relativamente all'eredità restituenda coll'aggiunta delle opportune riserve[56]. Ma questa difficoltà rimase di molto scemata pel senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone, il quale prescrisse che dopo la restituzione il fedecommessario fosse trattato per la sua quota quanto ai crediti e debiti in forma di erede[57]. Con ciò fu tolto, almeno ne' fedecommessi, uno sconcio; ma ne' legati rimase saldo il giure antico.

643. Un altro inconveniente che appariva ne' fe-

(52) Ulpian. xxiv. 25.
(53) Ulpian. xxv. 15, § 5. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23).
(54) Gajus ii. 247-250.
(55) Gajus ii. 273; Ulpian. xxv. 11., § 2. J. *de codicill* (2. 25)
(56) Gajus ii. 252; Theophil. ii. 23. § 3.
(57) Gajus ii. 253. 255, *fr.* 1. § 1.2. D. *ad SC. Trebell.* (36 1).

decommessi di questo genere si era di poter con essi assorbire l'intiera eredità, onde poi l'erede la ripudiava. Ne' legati una tale difficoltà fu tolta colla legge Falcidia. Questa legge pertanto e il diffalco di una quarta venne pure a tempo di Vespasiano estesa col senatoconsulto Pegasiano alle eredità gravate oltre misura da fedecommessi, e in pari tempo si rese obbligatoria l'adizione dell'erede, sì che egli potesse esservi sforzato dal pretore unitamente alla restituzione a mani del fedecommessario. Quanto ai crediti e debiti si fece differenza. Se l'erede aveva necessitato una costrizione giudiziale, e doveva per conseguenza restituire il tutto senza diffalco, i diritti d'azione si davano direttamente, come pel senatoconsulto Trebelliano, a favore e contro il fedecommessario. Se invece l'erede aveva adito spontaneamente, doveva, come nel caso di legati, guarentirsi con stipulazioni a parte[58].

644. Ma qui pure non tutto armonizzava. Imperocchè le stipulazioni gravose erano tuttora in certi casi inevitabili, come quando l'eredità era gravata dal testatore di fedecommessi oltre il quarto, e tuttavia l'erede l'aveva spontaneamente adita; avvegnachè in tale ipotesi si procedesse secondo il diritto Pegasiano e della legge Falcidia. Oltrecciò si davano casi in cui l'erede non poteva essere forzato all'adizione, come quando l'eredità non era gravata oltre misura, procedendosi allora a norma del Trebelliano, il quale non conosceva adizione coatta. Ciò tutto ben ponderato, Giustiniano fuse finalmente in uno i due sistemi, incorporando, com'egli dice, il sena-

(58) Gajus II. 254. 256-259; Ulpian. xxv. 14. 15. 16, § 5. 6. J. *de fideicomm. hered.* (2. 33).

toconsulto Pegasiano nel Trebelliano. Indi è che ie rediti e debiti sono in tutti i casi ripartiti all'avvenante tra l'erede e il fedecommessario, e vane si rendono le oradette stipulazioni; oltrecchè l'erede può in tutti casi venir forzato all'adizione e restituzione [59]. Del resto, tutte queste disposizioni si applicavano anche alle città, siccome quelle cui il senatoconsulto Aproniano, probabilmente nel regno di Adriano, avea concesso di acquistare eredità fedecommessarie [60].

645. Il legato di una quota non era mai un modo diretto d'acquisto. Esso recava soltanto il comando all'erede di ripartire col legatario [61], nè questi prima della mancipazione o tradizione acquistava la proprietà dei singoli effetti. Lo stesso aveva dapprima luogo ne' fedecommessi. Più tardi, ne' casi in cui il senatoconsulto Trebelliano comandava la restituzione, la proprietà passava direttamente nel fedecommessario; non altra però dalla naturale, giacchè

(59) § 7. 8. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23). Il *fr.* 86. D. *ad l. Falcid.* (35. 2) si riferisce ancora al diritto antico. Tizio fu instituito erede per un terzo, impostagli però la restituzione, e prelegatogli in pari tempo un predio. Se gli era riservata espressamente la quarta di quel terzo, si procedeva secondo il Trebelliano, e in conseguenza egli non restava erede che di un duodecimo. Nel caso contrario era erede per l'intiero terzo, e il fedecommissario si considerava *legatarii loco*, Gaius II. 251. In ordine al predio prelegato ciò recava, che nel primo caso l'erede ne doveva imputare nella sua quarta un duodecimo, e nel secondo un terzo perchè queste frazioni già gli appartenevano *iure hereditario*, epperò tornavano legate inutilmente, *fr.* 116. 1. D. *de legat.* I. (30). Ma il rimanente non si usava imputarlo, *fr.* 91. D. *ad l. Falcid.* (35. 2).

(60) *Fr.* 26. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1), *fr.* 1. § 1. D. *de libert. univers.* (37. 3); Ulpian. XXII. 5.

(61) Ulpian. XXIV. 25.

egli era considerato come successore pretoriano [62]. In questi casi egli aveva pure contro terzi un'azione ereditaria per fedecommesso [63], e contro i successori concorrenti l'azione a divisione [64]. Nel diritto Giustinianeo cotesti effetti vennero estesi a tutti i casi.

646. Coi lasciti avevano una certa analogia le donazioni per cagion di morte, le quali non pigliavano stato che alla morte del donante [65]. Laonde lor pure si applicavano le restrizioni della legge Papia Poppea [66], e della legge Falcidia [67]. Giustiniano, per un riguardo alle controversie che esistevano nelle scuole, pareggiolle in ogni parte ai legati [68].

(62) *Fr.* 24. § 1. D. *famil. hercisc.* (10. 2), *fr.* 2. § 19. D. *pro emtore* (41. 4).
(63) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de fideicomm. hered. petit.* (5. 6).
(64) *Fr.* 24. § 1. *fr.* 40. *D. famil. hercisc.* (10. 2).
(65) Festus *v. Mortis*, *fr.* 35. § 2. D. *de mort. causa donat.* (39. 6).
(66) *Fr.* 35. pr. D. *de mort. caus. donat.* (39. 6).
(67) *Fr.* 27. D. *de mort. caus. donat.* (39. 6).
(68) C. 4. C. *de donat. mort. caus.* (8. 57), § 1. J. *de donat.* (2. 7).

CAPITOLO XXIII.

CADUCITÀ DELLE DISPOSIZIONI DI ULTIMA VOLONTA'.

647. L' inefficacia d' un' ultima volontà muove o dall'essere questa nulla sin dall'origine, o dall'essere, benchè valida in principio, fatta invalida più tardi da circostanze particolari. Questi due casi andavano pure distinti con specialità di vocabolo[1]. Del rimanente il giure pretoriano, fedele al suo carattere, offriva in più di questi casi, dove il testamento non valeva per ragion civile, la *bonorum possessio*[2]. Nullità tutta particolare fu quella introdotta dal senatoconsulto Liboniano (A. 769), il quale stabilì che il far scrivere per mano di un altro le proprie ultime volontà rendesse come non scritto quanto si trovava disposto a favore dello scrivente [3].

648. Se fra più eredi testamentarii uno mancava per non potere o non voler succedere, la sua porzione accresceva ai coeredi [4]. Ma questa massima subiva eccezione allora che fra più eredi due erano nominati congiuntamente e in modo da contar per uno[5]; poichè mancando un di questi, la sua porzione

(1) *Fr.* 1. D. *de iniusto* (28. 3), GAJUS II. 138-146; ULPIAN. XXIII. 1-4, pr. § 1-5. J. *quib. mod. testam.* (2. 17).

(2) GAJUS II. 147. 148; ULPIAN. XXIII. 6, § 6. J. *quib. modis testam.* (2. 17), *fr.* 12. pr. D. *de iniusto* (28. 3), *fr.* 11. § 2. D. *de bonor. possess. sec. tabul.* (37. 11).

(3) *Fr.* 29. D. *de testam. tutel.* (26. 2), *fr.* 1. 5. D. *de his quæ pro non script. habent.* (34. 8), SUETON. *Nero* 17.

(4) Il motivo è indicato nel § 604.

(5) *Fr.* 11. 59. § 2. *fr.* 66. D. *de hered. instit.* (28. 5).

accresceva unicamente all'altro[6]. I legati non chiesti restavano a chi era gravato della prestazione. Ma venendo una stessa cosa legata a più in forma di vindicazione, la porzione mancante dell'uno accresceva agli altri[7]; per contro il legato lasciato in forma di dannazione restava all'erede[8]; e così anche ne' fedecommessi[9].

649. Questo diritto mutò colla legge Papia Poppea, che nelle sue disposizioni sulla caducità cercò il mezzo di punire il celibato e la mancanza di prole, di guiderdonare la fecondità e d'impinguare l'erario[10]. Caduco nel senso di questa legge chiamossi in prima ciò che l'onorato non poteva acquistare pel suo celibato o mancanza di prole o come coniuge del testatore[11]. Caduco inoltre si disse dell'eredità cui il chiamato rinunciava[12], e del lasciato a un erede o legatario che prima dell'adizione (onde questa non potè più farsi prima dell'apertura del testamento[13]), o della scadenza del legato, (onde anche questa non fu più computata dalla morte del testatore, ma dall'apertura del testamento[14]) moriva oppure subiva una media

(6) *Fr.* 80. D. *de legat.* III. (32), *fr.* 17. § 1. *fr.* 20. § 2. *fr.* 59. § 3. *fr.* 63. D. *de hered. instit.* (28. 5).

(7) Gajus II. 199; Ulpian. XXIV. 12; *fragm. Vatic.* § 77.

(8) Gajus II. 205; Ulpian. XXIV. 13, *fragm. Vatic.* § 85.

(9) *Fragm. Vatic.* § 85, *fr.* 41. § 9. D. *de legat.* III. (32).

(10) Rudorff *über die caducorum vindicatio* (Savigny *Zeitschrift* VI. 397), K. A. Schneider *das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten.* Berlin 1837; Danz *Röm. Rechtsgesch.* § 158.

(11) Vedi § 605.

(12) Ulpian. I. 21. XXIV. 12. 13.

(13) Vedi § 628.

(14) Ulpian. XXIV. 31, *c. un.* § 1. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).

diminuzione di capo[15]. Caduco ancora si disse per analogia ciò che veniva meno per essere l'onorato morto nel vivente dello stesso testatore, o stata contr'esso risolta la condizione apposta al beneficio[16]. A questi casi di caducità un altro ne aggiunse la legge Giunia[17]. Del resto il diritto di caducità non poteva avverarsi che sovra porzioni di reditaggio[18]; poichè, cadendo l'intiera instituzione, sottentrava la successione intestata[19]. Così pure non era caso di caducità, quando la disposizione, a motivo d'un vizio a lei inerente sin dall'origine, dovea considerarsi come non scritta[20].

650. Se lo stesso testatore aveva sostituito all'erede o legatario mancante un altro, aveva costui la precedenza; del quale spediente dopo la legge Giulia spesso altri si valse ad impedire la caducità[21]. Questa legge inoltre avea, rispetto ai discendenti od ascendenti del testatore sino al terzo grado che fossero instituiti eredi nel testamento, serbato in vigore per le quote di eredità e legati che si rendevano caduchi il giure antico[22]. Ma fatta astrazione di ciò, il caduco si poteva vindicare dalle persone nominate nel testamento, le quali fossero padri, prima dagli eredi, quindi dai legatarii[23]. Sol quando di due legatarii insieme

(15) Ulpian. i. 21. xvii. 1, c. un. § 1. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).
(16) Il che si diceva *in causa caduci*, c un. § 2. 4. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).
(17) Ulpian. xvii. 1. xxii. 3.
(18) Ulpian. xvii. 1.
(19) Gajus ii. 144.
(20) C. *un.* § 2. 3. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).
(21) C. *un.* pr. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).
(22) Ulpian. xviii., c. *un.* pr. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).
(23) Gajus ii. 206. 207. 286; Tacit. *ann.* iii. 28. Qui pure appartiene Ulpian. i. 21. Conviene però intercalare in questo passo: *primus hæres vel (liberos vel) ius antiquum etc.*

congiunti uno mancava, il collegatario avente figli pigliava il sopravvento sull'erede [24]; e a quest' effetto si teneva per sufficiente dalla giurisprudenza una semplice *verbis coniunctio* [25], tuttochè pel rimanente questa non desse ragione di accrescimento [26]. Per aver come padre il privilegio oradetto bastava un figlio o nipote [27], purchè non adottivo [28], nè nipote di figlia [29]; onde i soli discendenti di casa od emancipati facevano numero, e il privilegio non andava che a' maschi, escluse le femmine. In difetto di questi prossimiori privilegiati veniva l' erario [30]. Se della cosa fatta caduca il defunto aveva avuto la proprietà, l'azione pel conseguimento di quella era una vera vindicazione appoggiata a un modo legale ed immediato d'acquisto [31]; diversamente una dinunzia per legge. Ma i pesi annessi al caduco dovevano sempre essere dall'acquirente soddisfatti [32].

631. Narrasi di Antonino Caracalla, aver egli attributo i caduchi al fisco, serbata nullameno l'antica ragione dei discendenti e ascendenti [33]. Egli tolse adunque probabilmente la privata vindicazione degli eredi e legatarii [34]; senonchè più tardi sembra questa essere

(24) Gajus II. 207. 208.
(25) A ciò allude il *fr.* 89. D. *de legat.* III. (32).
(26) *Fr.* 11. D. *de usufr. accresc.* (7. 2).
(27) *Fr.* 148. 149. D. *de verb. sign.* (50. 16), Juvenal. *Sat.* IX. 85-93.
(28) Tacit. *ann.* XV. 19, *fragm. Vatic.* § 196.
(29) *Fragm. Vatic.* § 195.
(30) Tacit. *ann.* III. 28; Gajus II. 286, *fragm. de iure fisci* § 3.
(31) Ulpian. XIX. 17.
(32) Ulpian. XVII. 3, *fr.* 96. § 1. D. *de legat.* I. (30), *fr.* 60. § 1. D. *de condit.* (35. 1).
(33) Ulpian. XVII. 2.
(34) Altri intendono per questo, che Caracalla abbia tolto i caduchi all'erario ed assegnatili al fisco; così Schneider p. 186. Ma questa distinzione in allora non esisteva più (Li-

stata ripristinata[35]. I casi di caducità furono però notevolmente scemati da Costantino e Teodosio II[36], e finalmente Giustiniano abolì per intiero quest'instituto. Ei rinnovò nella massima parte il diritto vigente prima della legge Papia, e diede in ispecie sul diritto d'accrescimento fra persone congiunte minute disposizioni, che però non sciolsero tutte le controversie[37].

652. Per fine anche le leggi, i senatoconsulti e le costituzioni imperiali ingenerarono varii casi, in cui per ragion di indegnità si toglieva all'erede o legatario il lasciato e sen vantaggiava il fisco od altre persone. Questi casi furono da Giustiniano solennemente confermati[38], e ricevuti nelle sue collezioni[39]. Siffatta indegnità colpiva fra gli altri secondo il senatoconsulto Silaniano (A. 763) l'erede che, essendo il testatore stato ucciso per pubblica fama da'suoi famigliari, adiva prima di aver inchiesto contro gli schiavi[40]. Oltre ciò, l'erede o legatario, che per eludere la legge si era segretamente obbligato di corrispondere a un incapace un fedecommesso, era di questo privato in pro del fisco[41]: nè mai secondo il senatoconsulto Planciano

bro I. Cap. XXXVII. Nota 83. 125). Vedi anche RUDORFF p. 423; SCHILLING *Bemerkungen* p. 378.

(35) *Fiscum ultimum vocari*, dice ancora Giustiniano, *c. un.* § 14. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).

(36) Vedi § 605. nota 98. 99.

(37) *C. un.* C. *de caduc. tollend.* (6. 51).

(38) *C. un.* § 12. C. *de caduc. tollend.* (6. 51).

(39) D. XXXIV. 9, C. VI. 35.

(40) PAUL. *sent. rec.* III. 5. § 1. 2. 10, *fr.* 3. § 29, *fr.* 5. § 2. D. *ad SC. Silan.* (29. 5), *c.* 3. C. *de his quib. ut indign.* (6. 35).

(41) *Fr.* 103. D. *de legat.* I. (30), *fr.* 10. 18. § 1. *fr.* 23. D. *de his quæ ut indign.* (34. 9), *fr.* 3. § 3. 4. D. *de iure fisci* (49. 14). Una simile disposizione si chiamava *tacitum fideicommissum*.

poteva conseguire la quarta falcidia [42], che anzi perdeva in pena il diritto ai caduchi risultanti a caso dal testamento [43]. Del rimanente, per ciò stesso che l'indegnità non aveva altro effetto che di privare del futuro acquisto, non produceva a guisa della caducità l'incapacità di acquistare. Quindi a rigor di termini l'indegno che adiva era erede; le sue ragioni contro il defunto si estinguevano per confusione, e neppur dopo la confisca non rivivevano [44].

(42) Ulpian. xxv. 17, *fr.* 11. D. *de his quæ ut indign.* (34. 9), *fr.* 59. § 1. D. *ad l. Falcid.* (35. 2).
(43) Ulpian. xxv. 17.
(44) *Fr.* 8. 17. 18. § 1. D. *de his quæ ut indign.* (34. 9), *fr.* 29. § 1. D. *de iure fisci* (49. 14).



LIBRO QUARTO

PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO.

CAPITOLO I.

GIURISDIZIONE.

635. L'amministrazione della giustizià non era come in oggi sì ben ricisa dagli altri rami di buon governo; onde il potere annesso ad una magistratura inchiudeva pure tacitamente la facoltà di decidere le quistioni nascenti fra le persone soggette alla medesima e fare altri atti necessarii al buon andamento dei privati interessi. Un tal potere ne' maestrati maggiori si chiamava imperio o podestà (*imperium, potestas*) [1]; onde la giurisdizione ne era parte [2], e sceverata questa dal tutto, ciò che restava poteva contrapporsi come *imperium* alla *iurisdictio* [3]. Il potere dei maestrati minori non si chiamava *imperium* [4], sebbene anche in questo si conteneva soventi una giurisdizione. Ma il potere criminale ossia la facoltà del sangue non faceva parte dell' imperio ordinario; esso presupponeva sempre una concessione particolare, ondechè veniva contrapposto qual *merum imperium* o

(1) V. Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 3. nota 5.
(2) *Fr.* 3. D. *de iurisd.* (2. 1).
(3) Bethmann-Hollweg § 3. nota 13.
(4) *Fr.* 22. D. *de iniur.* (47. 10). Vedi anche § 133.

potestas nel suo più stretto significato a quel *mixtum imperium*[5].

654. I Romani partivano le attribuzioni comprese nel misto imperio, in quanto avevano attinenza col diritto, in due classi, secondochè l'elemento predominante era la giurisdizione o l'imperio[6]. Alle prime apparteneva l'autorità di giudicare e far giudicare una lite da un giudice dativo (*iudex*); alle seconde la concessione della *bonorum possessio*, l'imposizione di cauzioni e cose simili[7], oltre la *legis actio*, di cui fra breve si terrà discorso. Vi era poi una terza qualità di atti, i quali si riferivano bensì all'amministrazione della giustizia intesa nel suo più largo senso, ma non facevano parte degli attributi ordinarii del maestrato, cioè non derivavano dalla giurisdizione nè dall'imperio, ma da una concessione speciale di legge; e tal si era la nomina di tutori e curatori[8].

655. Nel giure antico l'imperio traeva pur seco la facoltà d'intervenire negli atti giuridici solenni, che senza un maestrato non si potevano compiere[9], vale a dire nella *in iure cessio*, adozione, emancipazione e manumissione. Ciò nasceva da che in tutti questi atti si operava una finta vindicazione; onde lo stesso atto come il diritto del maestrato di farvi procedere col suo intervento, si chiamava *legis actio*. Tal diritto si avevano i consoli che ne serbarono traccia fino agli

(5) *Fr.* 3. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 1. § 1. *fr.* 5. § 1. D. *de off. eius* (1. 21).
(6) *Fr.* 4. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 26. D. *ad munic.* (50. 1).
(7) *Fr.* 1. 3. 4. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 26. D. *ad munic.* (50. 1).
(8) *Fr.* 6. § 2. D. *de tutel.* (26. 1), *fr.* 1. pr. D. *de offic. eius* (1. 21), *fr.* 1. D. *de iurisd.* (2. 1).
(9) Gajus I. 95. *Adoptio imperio magistratus fit.*

ultimi tempi [10], il pretore, il proconsole, il preside di una provincia, e il giuridico di Alessandria [11]. I maestrati municipali lo ripetevano da concessione speciale [12]. Giusta un tal diritto la giurisdizione si partiva in *voluntaria* e *contentiosa* [13]. Ma sotto gl'imperatori s'aggiunse un'altra forma di esercizio della giurisdizione volontaria, la quale consisteva nel far prender atto (*gesta* od *acta*) di un negozio innanzi a un pubblico funzionario affine di autenticarlo [14]. A ciò erano anche autorizzati i maestrati municipali [15], ed in costoro mancanza il difensore civico [16]. Questi atti o protocolli si distendevano col concorso di tre curiali almeno, e di un eccettore (*exceptor*) o scrivano [17].

CAPITOLO II.

TRIBUNALI.

636. Nella prima età le cause civili si spedivano dal re in persona secondo le leggi e la consuetudi-

(10) SUETON. *Claud.* 23, *fr.* 3. D. *de adopt.* (1. 7), *fr. un.* D. *de off. consul.* (1. 10).

(11) GAJUS I. 20. II. 24, *fr.* 2. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 17. D. *de manum. vind.* (40. 2), *fr.* 17. D. *de off. præsid.* (1. 18), *fr.* 3. D. *de adopt.* (1. 7), *fr.* 1. D. *de off. iurid.* (1. 20).

(12) PAUL. *sent. rec.* II. 25. § 4, *c.* 4. C. *de vind. libert.* (7. 1), *c.* 1. 6. C. *de emanc.* (8. 49).

(13) *Fr.* 2. pr. D. *de off. procons.* (1. 16).

(14) SAVIGNY *Röm. Recht im Mittelalt.* Parte I. § 27. 28.

(15) PAUL. *sent. rec.* I. 3. § 1, *c.* 2. C. *de magistr. munic.* (1. 56).

(16) C. 8. C. Th. *de donat.* (8. 12), *c.* 30. C. *de donat.* (8. 12), *c.* 1. C. *de off. iurid.* (1. 57), *nov.* 15. *c.* 3. Vedi § 371. 372.

(17) C. 151. C. Th. *de decur.* (12. 1), *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XVIII. *de tribut. fiscal.* § 10.

ne[1]. S' egli ne conferisse col senato o con alcuni de' senatori, s'ignora. Ma gli scrittori attestano che il re faceva tutto da sè, nè commetteva a giudice privato la decisione[2], se pur si eccettua Servio Tullio, che creò per le liti private un tribunale a parte[3].

657. Nella repubblica la giurisdizione passò a' consoli[4]. Ma più tardi si fe' dei pretori una magistratura volta sopratutto a ministrar giustizia[5]. Mantennesi per certi casi la giurisdizione degli edili[6]; ma essa pure in caso d'impedimento s'esercitava dai pretori[7]. Questi magistrati erano però sorretti nell'ufficio in doppia maniera: parte da due tribunali permanenti, parte da giudici che a ciascun caso erano da essi costituiti.

658. Uno dei tribunali permanenti era il centumvirale[8]. La sua competenza era molto larga, e si stendeva fra le altre cose alle quistioni di famiglia, di proprietà e di successione[9]; ma più oltre non ne abbiamo certa notizia. Ivi si tenevano discussioni sui punti i più sottili del diritto[10], e i suoi pregiudicamenti

(1) Dionys II. 14. IV. 41. X. 1; Cic. *de re publ.* V. 2.
(2) Cic. *de re publ.* V. 2.
(3) Dionys. IV. 25.
(4) Dionys. X. 1. 19; Liv. II. 27. Ond'è che i consoli si dicevano *iudices*, Liv. III. 55; Varro *de ling. lat.* VI. 88; Cic. *de leg.* III. 3.
(5) Cic. *de leg.* III. 3. Vedi § 62. 94. 125.
(6) Vedi § 127.
(7) Dio Cass. LIII. 2.
(8) Bethmann-Hollweg *über die Competenz des Centumviralgerichts* (Savigny *Zeitschrift* V. 11), C. A. Schneider *de centumviralis iudicii apud Romanos origine.* Rostochii 1835, Zumpt *über Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts.* Berlin 1838.
(9) Cic. *de orat.* I. 38.
(10) Cic. *de orat.* I. 38. 56, *pro Cæcina* 18; Quintil. *inst. orat.* IV. 2. § 5.

(*præjudicia*) avevano grande portata e autorità [11]. Che se per trattarsi di interessi meramente privati, i grandi oratori favellavano quivi mal volentieri e più di rado che al popolo ed agli altri tribunali, non pertanto già prima di Cicerone vi si tenevano forbite dicerie [12]. Il numero dei membri, allorchè vi furono trentacinque tribù, era di centocinque, tre per tribù, i quali si nominavano probabilmente dal pretore [13]. Ma ciò non vuol dire, che questo tribunale sia stato instituito solamente verso quest'epoca; che anzi è molto più probabile, che la sua origine risalga all'ordinamento fatto da Servio Tullio [14], e sia poi stato unicamente accomodato alla ulteriore divisione del popolo per tribù. Le sue sedute s'indicavano con una lancia infissa [15]. Del suo organismo non si ha giusta notizia che a' tempi dell'impero. Il numero de' suoi membri fu allora portato a cent'ottanta almeno [16], che ripartiti in quattro consigli o senati, formavano nella basilica Giulia altrettanti tribunali a parte [17]. Però alcune liti si portavano successivamente a due

(11) Di che fa prova specialmente la *querela inofficiosi* (§. 617).
(12) Cic. *pro Cæcina* 18. 24, *de orat.* II. 23.
(13) Festus *v. Centumviralia.*
(14) Questa è pure l'opinione di Niebuhr I. 472; senonchè egli va troppo oltre nel riguardare questo tribunale come un'instituzione meramente plebea. A ciò fanno contro le perpetue querele sulla disuguaglianza dello stato giuridico, e la mancanza ne' plebei delle volute cognizioni di legge e di processura.
(15) Gajus IV. 16.
(16) Plinius *epist.* VI. 33. Da questo passo non si deduce, che fossero stati solamente tanti.
(17) Quintil. *inst. orat.* XII. 5. § 6. Questo passo combatte l'opinione di Bunsen *Beschreibung von Rom* Vol. III. Sez. II. p. 87, che nella Basilica ci fossero tre soli tribunali.

consigli [18], ed altre si trattavano a consigli uniti [19]. Presiedeva a tutta la corte un pretore [20]; ma nell'indirizzo degli affari avevano anche parte i questori usciti d'ufficio, finchè Ottaviano devolse questo carico ai *decemviri stlitibus iudicandis*, dei quali diremo or ora [21]. Questo tribunale era in allora molto ricercato, perchè l'eloquenza vieppiù compressa e degenere e sovratutto l'oziosa curiosità trovavano tuttavia in esso un pascolo ed un trattenimento [22]. Quanto durasse è incerto, ma sembra che siasi mantenuto fino alla caduta dell' impero occidentale.

659. L'altro tribunale permanente era dei *decemviri stlitibus iudicandis*, i quali appartenevano ai così detti Ventisei [23]. La creazione di costoro sembra cadere nella stessa epoca di quella dei treviri sui reati capitali, cioè intorno all'anno 465 [24]. Della loro competenza sappiamo soltanto che avevano a giudicare nelle cause di libertà [25]. Essi erano pur destinati, stando ad un'autorità, a presiedere il tribunale cen-

(18) Quintil. *inst. orat.* v. 2. § 1. xi. 1. § 78.

(19) Plinius *epist.* vi. 33; Quintil. *inst. orat.* xii. 5. § 6. Onde un simile incumbente si chiamava *quadruplex iudicium*, Plinius *epist.* i. 18. iv. 24. vi. 33. A ciò si riferisce anche Valer. Max. vii. 7, 1; *fr.* 10. pr. D. *de inoffic.* (5. 2), *fr.* 76. pr. D. *de legat.* ii. (31).

(20) Plinius *epist.* v. 21.

(21) Sueton. *Octav.* 36; Plinius *epist.* v. 21; Dio Cass. liv. 26.

(22) *Dialog. de caus. corr. eloq.* 38. Ne danno esempi Plinius *epist.* i. 5. 18. ii. 14. iv. 16. vi. 12. 33. ix. 23; Quintil. *inst. orat.* iv. 1. § 57.

(23) Vedi § 130.

(24) Stando a ciò che dice Pomponio nel *fr.* 2. § 29. D. *de or. iur.* (1. 2). Alcuni li vogliono di molto anteriori, e ad essi riferiscono i decemviri di Liv. iii. 55. Vedi però in contrario Niebuhr ii. 366. iii. 647.

(25) Cic. *pro Cæcina* 33, *pro domo* 29.

tumvirale [26]; ma, stando ad un' altra, quest' ufficio non venne loro commesso che da Ottaviano [27]. Secondo alcune iscrizioni greche, essi avevano anche parte, sotto gl' imperatori, nei giudizi di sangue [28]; ma quest'asserzione non ha per fondamento che una storta intelligenza della voce latina.

660. La costituzione di giudici per ciascuna lite muoveva da un singolare istituto, d' origine a noi ignota. Ciò è, che il maestrato riceveva l' azione e dirigeva la causa; ma quanto alla maturazione e sentenza egli sen rimetteva a persone private stanti sotto la sua direzione, e scelte col concorso delle parti [29]. Quest' instituto, mentre di tanto alleggeriva la bisogna de' maestrati, assicurava pure le parti di un' inchiesta imparziale. Siffatti giudici privati erano, secondo le circostanze, diversi. Or si costituiva un sol giudice (*iudex*); or giudicavano ricuperatori (*recuperatores*) [30]. Il giudice si pigliava il più sovente fra senatori [31]; ma non di rigore. Quando si avverasse l' uno o l' altro caso, non sappiamo; nè parimente sappiamo, se prima di Ottaviano i giudici in cause civili si eleggessero anticipatamente e si registrassero in un albo. Certo è che le *leges iudiciariæ* del secolo settimo non si riferirono a costoro, ma ai giudici in cause criminali [32]. Nelle liti con pe-

(26) Così dice Pomponio.
(27) SUETON. *Octavian.* 36; PLINIUS *epist.* V. 21; DIO CASS. LIV. 26.
(28) BOECKH *inscr. græc.* T. I. n. 1133. 1327.
(29) CIC. *pro Cluent.* 43.
(30) GAJUS IV. 104. 105. 109.
(31) POLYB. VI. 17 (15).
(32) Ciò si rileva dalla menzione che trovasi fatta d'un consolare come giudice in un tempo in cui secondo la legge

regrini poteva accadere, che il giudice non fosse dell'albo, ma peregrino [33]. La scelta del giudice per ciascuna lite si faceva d'accordo d'ambe le parti [34], cioè o trattandone esse stesse [35], o non ricusando quello loro proposto dal maestrato [36]. L'eletto prestava giuramento di esercitare conscienziosamente il suo ufficio [37]; ma aveva facoltà di pigliarsi a fianco uno o più altri per consiglio [38]. Del resto egli si chiamava soventi non giudice (*iudex*), ma arbitro, specialmente nelle azioni che non si trattavano a rigor di lettera, ma con più larghezza di mente [39].

Sempronia i senatori n'erano esclusi (§. 237), Cic. *de off.* III. 19; e dalla menzione per contro di un *eques* in un tempo che per decreto di Silla giudicavano i soli senatori, Cic. *pro Rosc. Com.* 14.

(33) Gajus IV. 105.

(34) Cic. *pro Cluent.* 43. A ciò allude pure l'espressione *sumere iudicem*, Cic. *pro Flacco* 21, *pro Quint.* 8.

(35) Plinius *hist. nat. præf.*, Quintil. *inst. orat.* V. 6; *fr.* 80. D. *de iudic.* (5. 1). La proposizione collettiva si diceva *iudicem ferre*, Cic. *de orat.* II. 70. *pro Rosc. Com.* 15.

(35) Il diritto di ricusare (*reiicere*, *eierare*) s'inferisce da Cic. *in Verr.* II. 12; Plinius *paneg.* 36.

(37) Cic. *pro Quint.* 8, *de offic.* III. 10, c. 14. pr. C. *de iudic.* (3. 1).

(38) Cic. *pro Quint.* 1. 2. 6. 10. 30, *pro Rosc. Com.* 8, *in Verr.* II. 2, 29, Sueton. *Domit.* 8; Gellius XII. 13. XIV. 2. Onde Cicerone numera i giudici in plurale.

(39) Cic. *pro Murena* 12, *pro Rosc. Com.* 9, *pro Rosc. Amer.* 39, *de re publ.* V. 2; Gajus IV. 141; Festus *v. Arbiter*, *Taxat.* Donde l'espressione *iudex arbiterve* nelle dodici tavole, Gellius XX. 1, e la formola *iudicium arbitrumve postulo*, Valerius Probus *not.* T. I. A. V. P. U. D. Vedi per maggiori particolari i capitoli delle azioni. Una singolare opinione porta sopra questa distinzione Savigny *System* V. 101-107. 469. 643. Egli crede che il giudice non si potesse pigliare che dall'albo de' *iudices*, e libera per contro fosse la scelta dell'arbitro. Ma da un canto è assai problematico, se anticamente vi fosse per le cause civili quell'albo. D'altro canto, il giudice poteva pur essere de' peregrini, e per questi non v'era di

661. Un'altra spezie di giudici privati si chiamava, come abbiam detto, recuperatori [40]. Costoro, a quanto pare, si adoperavano generalmente in que' negozi, la cui pronta risoluzione interessava lo Stato [41]. Di regola erano costituiti in numero di più [42], che il maestrato proponeva, e le parti potevano ricusare [43]. La loro scelta non era ristretta a' senatori o cavalieri [44]. Entravano in ufficio appena fatta la nomina [45]. Del rimanente erano anche detti recuperatori i giudici che giusta il patto federale si davano nei reclami tra Roma ed uno Stato alleato o fra attinenti dei due Stati [46]. Nelle azioni di alleati dipen-

certo un albo, GAJUS IV. 105. Altre gravi obbiezioni fa PUCHTA *Institutionen* II. 40-42.

(40) Il più recente scritto sopra costoro, dove pur si trova indicata e adoperata la letteratura anteriore, è: C. SELL *die Recuperatio der Römer*. Braunschweig 1837. Alcune emendazioni di quest'opera sonosi fatte da RUDORFF *Ackergesetz des Thorius* (SAVIGNY *Zeitschrift* X. 76-82). Del resto le notizie che si hanno sopra questa materia sono sì vaghe e incerte, che il tentativo fatto da HUSCHKE, COLLMANN e SELL per determinare l'origine e la qualità del tribunale de'recuperatori, non ostante la diligenza da essi usata, non ha potuto condurre ad alcun risultato sicuro.

(41) CIC. *pro Tullio* 10, *divinat.* 17; GAJUS IV. 185.

(42) *Recuperatores sunto*, GAJUS IV. 46. Ciò è pur dimostrato dal contrapposto tra i *iudicia recuperatoria* e quelli *sub uno iudice*, GAJUS IV. 105. 109.

(43) Tanto, ma nulla più, si desume da CIC. *in Verr.* II. 13. III. 11. 13. 59. 60. V. 54. Singolare è la disposizione della *lex Thoria* cap. 17, per la quale nella specie ivi accennata di cinquanta cittadini della prima classe il pretore ne doveva eleggere undici.

(44) Ciò è pur dimostrato dalla predetta legge Toria.

(45) PLINIUS III. 20. *Ut in recuperatoriis iudiciis — quasi repente apprehensi, sinceri iudices fuimus.*

(46) FESTUS *v. Reciperatio*, *Plebisc. de Thermens.* col. II. lin. 39-43. (HAUBOLD *monum.* p. 137). Gli scrittori moderni ne vogliono derivare l'origine di tutto l'instituto, ma senza fornir prove.

denti questi ricuperatori si nominavano naturalmente dal senato o capitani romani [47].

662. All'estero ne' municipii e colonie italiche la giurisdizione era sostenuta dai maestrati municipali, nelle prefetture dal prefetto. Non è dato sapere se in origine costoro avessero autorità illimitata; quanto alle restrizioni che più tardi ebbero a subire, ne diremo trattando della condizione dei tempi imperiali. Il modo di amministrar giustizia era lo stesso che in Roma; il maestrato segnava il punto di diritto, e pel rimanente instituiva un giudicio (*iudicium*), od un solo giudice[48], o ricuperatori[49]. Riguardo al ceto in cui il giudice si doveva prendere, se ne' decurioni o nella plebe, le disposizioni erano varie[50].

663. Nelle provincie, i conventi che il governatore teneva in occasione de' suoi giri d'ufficio [51] erano volti principalmente all'amministrazione della giustizia. Ivi egli riceveva le istanze, ed instituiva un giudicio nella forma ordinaria, dove i giudici erano tratti or dal convento dei cittadini romani, or dai natii. Nella Sicilia [52], e per analogia in tutte le altre provincie si osservavano le seguenti norme. Le liti

(47) Liv. xxvi. 48. xliii. 2.

(48) *Lex Rubria* c. 20. (Haubold *monum.* p. 145-149), *Lex agraria Gaii Caligulæ* (*lex Mamilia*) c. 5. (Haubold p. 168).

(49) *Lex Rubria* col. ii. lin. 23. (Haubold p. 153). Rudorff, seguendo Husckhe, sostiene (Savigny *Zeitschrift* ix. 405), che i maestrati municipali non avevano il diritto alla *recuperatorum datio*, ed applica il passo precitato al pretore di Roma. Quest'opinione però è falsa. V. Puchta (*Zeitschrift* x. 224), Savigny *Röm. Recht im Mittelalt.* i. § 12. Del rimanente Puchta contraddice a se stesso, poichè nel suo *Cursus der Institutionen* ii. 35, concorda con Huschke.

(50) Orelli *inscr.* T. i. n. 2489.

(51) Vedi § 227.

(52) Il passo principale in proposito è Cic. *in Verr.* ii. 13.

fra cittadini di una stessa città erano di cognizione del loro maestrato[53], quelle tra membri di città diverse di cognizione del giudice che fuori dubbio il pretore sceglieva fra' natii[54]. Nelle istanze di un particolare contro una città o per contrario, si deputava a giudice il senato di qualcun'altra città[55]. Se il Romano conveniva un Siculo, od il Siculo un Romano, il giudice doveva pigliarsi dalla nazione del convenuto. Finalmente negli altri casi i giudici si traevano dal convento de' cittadini romani. Qui pure venivano come giudici quando un solo (*iudex*), quando ricuperatori[56].

664. I giudizi che si tenevano sotto un maestrato del popolo romano avevano tutti una divisione comune. Erano essi o *iudicia legitima* o fondati sull'imperio (*imperium*). Ad essere *legitimum*, il giudicio doveva intervenire nella città di Roma o dentro un miglio dal suo pomerio, fra cittadini romani, e davanti a un sol giudice[57]. Mancando uno di questi requisiti, il giudicio era *iudicium sub imperio*[58].

(53) Cic. *in Verr.* II. 37. 38. Lo stesso aveva luogo nell'Asia secondo gli editti di Scevola e Cicerone, Cic. *ad Att.* VI. 1. 2.
(54) Cfr. Boeckh *inscr. Græc.* T. II. n. 2265. 2353. 3598.
(55) Ne dà esempi Cic. *in Verr.* II. 14-18. 22-25. Cfr. anche in ciò Boeckh T. II. n. 2349b. p. 1065.
(56) Si ha menzione di un giudice, Cic. *in Verr.* II. 42, del giudice o recuperatori alternamente, *in Verr.* III. 11. 58. 59. 60; dei soli recuperatori, *divin.* 17, *in Verr.* III. 11. 21. 22. V. 54, *pro Flacco* 19. 20. 21; Gajus I. 20; Ulpian. I. 13, Theophil. I. 6. § 4.
(57) Gajus IV. 103. 104. 105. 109. Il *legitimum iudicium* è menzionato da Cic. *pro Rosc. Com.* 5, *orat. part.* 12; Ulpian. XI. 27, *fragm. Vatic.* § 47.
(58) Perciò di una causa, che si piativa a Roma dinanzi a un sol giudice, ma da un peregrino, Cicerone dice, *iudicium lege non erat, pro Flacco* 21.

Questa divisione poggia evidentemente sopra antichi rapporti, che però è difficile il chiarire.

665. Per ciò che riguarda al tempo delle udienze, i *dies fasti* erano a principio i giorni veri e legali di banco; sebbene, occorrendo, si dava anche udienza in giorni comiziali. Per contro nei *dies nefasti* fra cui sino alla legge Ortensia cadevano pur le nundine, nei dì festivi e duranti gli spettacoli religiosi non si poteva tener giudizio [59]. Quindi i grandi ludi di primavera e autunno davano luogo a due lunghe vacanze, duranti le quali i maestrati restavano bensì in ufficio, ma li *iudices selecti* avevano riposo. Il tempo d'affari per costoro, l'*actus rerum*, si divideva perciò in mesi d'estate e d'inverno [60]. Ma Claudio riunì le due vacanze in una sola d'inverno, e Galba tolse anche questa [61]. Nelle provincie l'epoca delle udienze dipendeva dai conventi. Più tardi non si fece più distinzione che di giorni giudiziali e ferie. A quest' ultime appartenevano i giorni di festa religiosa e politica e le ferie delle messi e vendemmie [62]. Quante volte e in quali dei giorni leciti seder volesse il maestrato, era cosa posta, a quanto pare, nel suo arbitrio [63].

666. Il luogo d'udienza in Roma era di regola il comizio o foro [64]. Ivi pe' maestrati maggiori stava un tri-

(59) Vedi § 156. 157. 158.
(60) SUETON. *Octavian.* 32; PLINIUS *epist.* IV. 29; GAJUS II. 279.
(61) SUETON. *Claud.* 23. *Galba* 14.
(62) Vedi § 159.
(63) *Fr.* 5. D. *de feriis* (2. 12), *fr.* 1. § 7-10. D. *quando appell.* (49. 4).
(64) AUCTOR *ad Herenn.* II. 13; GELLIUS XX. 1; PLAUT. *Pœnul.* III. 6. *v.* 12. Un'eccezione reca LIV. XXIII. 32.

bunale colla sedia curule [65]; i minori [66], come anche i giudici [67] avevano semplici sgabelli (*subsellii*). Ne' municipii è pur menzionato un foro [68] e tribunale [69], e nelle provincie i conventi giudiziarii si tenevano dal governatore con forme al tutto romane, pubblicamente, in tribunale ed in seggio curule [70]. Ma poco a poco la cosa mutò. Le sedute si traslocarono non solamente in basiliche [71], ma spesso ancora nelle stanze d'ufficio, Auditorii o Secretarii [72], ed in ultimo sembra essere questa divenuta usanza generale, talchè anche il tribunale ebbe stanza nel secretario [73]. Non pertanto le discussioni dovevano tenersi a porte aperte [74], ed in vista del dicastero [75]; oltrecciò le persone di alto rango avevano il consesso, vale a dire seggi d'onore accanto al giudice [76]. Davanti al resto degli spettatori si tirava, occorrendo, una tenda [77]. Del rimanente in tribunale si trattavano sol-

(65) DIONYS. II. 29; TACIT. *ann.* I. 75; SUETON. *Cæsar* 84.
(66) (ASCON.) *in divin.* 15. p. 118. Orell.
(67) GELLIUS XIV. 2; PLINIUS. *epist.* VI. 33.
(68) PAUL. *sent. rec.* § IV. 6. 2.
(69) SUETON. *de clar. rhetor.* 6; ORELLI *inscr.* T. II. n. 3219.
(70) CIC. *in Verr.* II. 38; JOANN. XIX. 13, *Act. Apost.* XVIII. 12. 16. 17.
(71) PLINIUS *epist.* II. 14. V. 21. VI. 33; PAUL. *sent. rec.* IV. 6. § 2.
(72) *Dialog. de caus corr. eloq.* 39, *c.* 6. 9. C. Th. *de off. rect.* (1. 16).
(73) JOAN. LYDUS *de magistr.* II. 16. 17. III. 11. 30.
(74) *C.* 9. C. Th. *de off. rect.* (1. 16).
(75) *C.* 10. C. Th. *de off. rect.* (1. 16), *c.* 6. C. J. *de sentent.* (7. 45), JOANN. LYDUS *de magistr.* II. 15. III. 35.
(76) *C.* 1. C. Th. *de off. iud. civ.* (1. 20 (8)) *ibiq.* GOTHOFR. c. 5. 7. 16. C. Th. *de proxim.* (6. 26) *ibiq.* GOTHOFR., *c.* 109. C. Th. *de decur.* (12. 1).
(77) *C.* 7. C. Th. *de off. rect.* (1. 16), *c.* 5. C. J. *de naufrag.* (11. 5), GOTHOFR. *ad c.* 1. C. Th. *de off. rect.* (1. 7).

tanto le cause più gravi, che richiedevano un esame accurato e un decreto formale, escluse per conseguenza quelle che si potevano spedire con un semplice voto o con facil provvidenza [78]. Da ciò nacque la distinzione tra le sessioni *pro tribunali* e *de plano* [79]; distinzione che pure occorre presso i maestrati municipali [80].

—

CAPITOLO III.

PROCEDURA.

667. La procedura del tempo dei re ci è affatto ignota. Per contro le forme di agire che i patrizi crearono sulla base delle dodici tavole [1], possono tuttavia in parte ravvisarsi in quelle che esistevano nel quinto e sesto secolo. Vi erano allora cinque forme d'azione (*legis actiones*): *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris capio* [2]. Esse avevano per fine d'introdurre la causa con atti solenni e parole rigorosamente misurate, non che di metterla sulla via di diritto preventivamente segnata. Le quattro prime in ispecie erano incumbenti che si passavano dinanzi al maestrato, in tribunale, coll'avversario ivi comparso, e che per conseguenza non si potevano compiere fuorchè

(78) Vedi Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 18.
(79) *Fragm. Vatic.* § 156. 161. 163. 165.
(80) *Fragm. Vatic.* § 112.
(1) Vedi § 404.
(2) Gajus IV. 11. 12.

in giorni prosciolti. Non così della quinta; onde taluni dubitavano, che facesse parte delle azioni di legge [3].

668. La *legis actio sacramento*[4] consisteva nella mutua provocazione (*provocatio*) ad una multa da pagarsi dalla parte soccombente, o per dir meglio in una scommessa che attore e convenuto faceano sulla verità e falsità del rispettivo asserto, onde poi i centumviri od il giudice (*iudex*) dovevano conoscere. Questa forma costringeva naturalmente le parti a formulare con precisione il punto in quistione e ad usar parole conformi alla legge, cui si appoggiava l'azione[5]. La multa era fissata nella legge delle dodici tavole per le cause del valore di mille assi e più in assi cinquecento, e per quelle di valor minore in cinquanta[6]. Ella si devolveva non al vincente ma all'erario, e si applicava ai sacrifizi[7]. Sotto questa forma si poteva introdurre ogni azione, per cui non fosse prescritto un altro modo di agire[8].

669. Dell' azione per *iudicis postulatio* non si sa di certo che il nome. Ella consisteva fuori dubbio in ciò, che le parti stabilivano davanti al maestrato il punto su cui discordavano, e postulavano da lui un giudice od arbitro, al cui pronunciato si volevano sommettere[9]. Con ciò ell' erano pur costrette a for-

(3) GAJUS IV. 29.
(4) G. ASVERUS *die legis actio sacramenti*. Leipzig 1837. In questo libro si tenta, ma inutilmente, di derivare cotesta *legis actio* da un duello giudiziale. Vedi in contrario PUCHTA. *Institutionen* II. § 161.
(5) GAIUS IV. 11. 30.
(6) GAIUS IV. 13-16.
(7) VARRO *de ling. lat.* V. 180; FESTUS *v. Sacramentum.*
(8) GAIUS IV. 13.
(9) A ciò allude la formola: *iudicem arbitrumve postulo* (§ 660, nota 39).

mulare con esattezza il punto di contesa. Questa forma d'azione aveva egualmente un'ampia cerchia e poteva, almeno in varii casi, adoperarsi in cambio della *legis actio sacramento* [10]. Ma le tre altre avevano una portata ristretta, come, occorrendo, faremo ancora notare.

670. Queste forme d'azione che dovevano attenersi con tanto rigore alla lettera della legge, divennero coll'esplicarsi del diritto e dei rapporti giuridici insufficienti e disadatte; senzachè nei punti intricati tutto si rivelava l'inconveniente di lasciare alle parti la designazione dell'oggetto litigioso. Per la qual cosa elle furono abolite dalla legge Ebuzia, di cui s'ignora la data, e da due leggi Giulie, l'una al certo di Cesare, l'altra, *lex Julia privatorum*, di Augusto, e surrogate colla procedura per formole, che diè al maestrato maggior latitudine [11]. La sostanza di cotesto procedimento consisteva in che il pretore sulle dichiarazioni e proposizioni delle parti compilava una formola scritta che dava quindi al giudice (*iudex*) per norma della sua inchiesta e decisione. Però se la quistione doveva portarsi ai centumviri, si seguitava tuttora la procedura antica, in questo senso, che le parti contraevano davanti ad uno dei due pretori un sacramento, che al tribunale teneva luogo della formola [12]. Anche per un *damnum infectum* era tuttavia permessa una *legis actio* [13], la quale però non può essere altra da quella per sacramento.

(10) Gaius IV. 20.
(11) Gaius IV. 30; Gellius XVI. 10.
(12) Gaius IV. 31. 95; Gellius XVI. 10. Anche davanti ai *decemviri stlitibus iudicandis* si procedeva nella forma del sacramento, Cic. *pro Cæcina* 33, *Declam. pro domo* 29.
(13) Gaius IV. 31.

671. La procedura per formole non era però libera in tutto, sibbene aderiva alle azioni di legge in quanto che per finzione la formola faceva considerare la causa da discutersi, come introdotta colla corrispondente *legis actio*. Ma l'editto foggiò via via formole autonome, accomodate alla varia natura delle relazioni giuridiche [14], ed a misura che si dilatò la cerchia dei diritti suscettivi d'azione, anche il campo delle formole andò crescendo di nuove specie [15].

972. Nelle formole si distinguevano quattro parti: la *demonstratio* od esposizione di ciò che dava argomento alla lite; l'*intentio* o designazione dell'assunto preso dall'attore e della decisione per lui invocata; l'*adiudicatio* che nei casi opportuni dava facoltà all'attore di levare una cosa ad uno e rimetterla ad un altro; e finalmente la *condemnatio* ossia l'indicazione al giudice del tenore in cui, secondo il risultato della sua inchiesta, la sentenza voleva essere concepita [16]. L'*intentio* era inseparabile da qualunque formola, e, a differenza delle altre parti, poteva talvolta essere tutta sola [17]; ma quasi sempre la formola conteneva la *demonstratio*, *intentio* e *condemnatio* [18]. La formola doveva ancora, secondo le circostanze, essere preceduta da riserve o definizioni, e ciò si chiamava *præscriptio* [19].

673. Del rimanente le formole tracciate nell'editto erano di due specie; od *in ius* od *in factum con-*

(14) Gaius IV. 10. 32. 33; Cic. *pro Rosc. Com.* 8.
(15) Vedi § 558.
(16) Gaius IV. 39-43.
(17) Vedi per più minute spiegazioni Gaius IV. 44.
(18) Ne danno esempi Gaius IV. 47. 136, *lex Rubria* c. 20.
(19) Gaius IV. 131. 132. Vedi anche § 361. nota 55.

ceptæ[20]. Nelle prime venivano quelle ove l'*intentio* dava per esistente una relazione giuridica fondata nel gius civile[21]; nelle seconde quelle ove l'*intentio* conteneva la nuda affermazione di fatti, per modo che la *demonstratio* s'intrecciava all'*intentio*[22]. Nel novero di queste cadevano segnatamente tutte le *actiones in factum* pretoriane[23]. Di alcune azioni civili erano però tracciate nell'albo del pretore formole concepite tanto *in ius* che *in factum*[24]. La qual cosa tornava in pratica di qualche momento pei figli di casa, siccome quelli che non potendo generalmente, secondo il gius civile, sostenere di aver una ragione di credito, non potevano egualmente piatire con una *formula in ius concepta*[25].

674. Questa procedura con formole era seguita non solamente in Roma, ma all'estero in tutte le città che avevano il cittadinatico[26]. Le autorità municipali ne attingevano lume parte dall'editto pretoriano, parte dagli scritti de'giureconsulti. È superfluo il dire, che anche i maestrati romani giudicanti nelle provincie a lei si attenevano[27].

(20) Vedi in proposito Savigny *System* v. § 216. 217.
(21) Gaius iv. 45. 60. Tal era pure la *præscriptis verbis in factum actio* (§ 561); perciocchè qui pure vi era l'*intentio in ius concepta*. Vedi Savigny *System* v. 96-100.
(22) Gaius iv. 46. 47. 60.
(23) Vedi § 558.
(24) Gaius iv. 47. 60.
(25) *Fr.* 9. 13. D. *de obl. et act.* (44. 7). Vedi intorno a ciò Savigny *System* ii. 101. v. 84.
(26) Ne fa fede la *Lex Rubria.*
(27) Come è comprovato da Cic. *divin.* 17, *in Verr.* iii. 22. 28.

CAPITOLO IV.

SPECIE DI AZIONI.

675. Le istanze od azioni (*actiones*) nel senso più largo [1] erano, per rapporto alla procedura ed anche nel nome, diverse secondo gli oggetti ai quali si riferivano. In nessun tempo però e neppur quando la giurisprudenza toccò il sommo della sua perfezione fuvvi di esse una classificazione compiuta; motivo per cui le singole loro specie si possono descrivere in quell'ordine che più talenta. Elle si possono ridurre a due classi principali: azioni che si trattavano secondo le regole ordinarie delle azioni di legge ed in appresso del procedimento formolare, e procedure particolari o di circostanza. Fra le prime si annoverava la vindicazione [2], l' azion personale [3], le azioni miste [4], e i pregiudicamenti (*præiudicia*). Delle seconde faremo parola più innanzi.

676. La vindicazione simboleggiava una pugna per una cosa, la quale si risolveva coll'intervento dell'autorità giudiziaria [5]. A questo fine, se la cosa poteva

(1) *Fr.* 178. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16), *fr.* 37. pr. D. *de obl. et act.* (44. 7).

(2) *Vindicatio, in rem actio,* Gaius iv. 5, *fr.* 25. pr. D. *de obl. et act.* (44. 7), ed anche *petitio*, *fr.* 28. D. *de obl. et act.* (44. 7), *fr.* 178. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(3) L'*actio* in istretto senso, *fr.* 28. D. *de obl. et act.* (44. 7), *fr.* 178. §. 2. D. *de verb. sign.* (50. 16), ed anche *condictio* secondo l' inesatto e più largo modo di parlare (§ 559).

(4) § 20. J. *de act.* (4. 6).

(5) I passi principali in proposito sono: Gajus iv. 16; (Ascon.) *in Verrin.* ii. 1, 45. p. 191. Orell.

muoversi con facilità, la si portava [6] in giudizio. Ivi ciascuno la reclamava come sua [7], ponendovi sopra la mano, ed il pretore ne intimava ad entrambi il rilascio; seguiva quindi sul diritto e non diritto una scommessa nella forma ordinaria del sacramento; e passandosi oltre, il pretore aggiudicava intanto il possesso contro cauzione a quello dei due che *più gli* talentava [8]. Se la quistione versava sopra un immobile [9], il maestrato medesimo colle parti si recava ne' primi tempi sulla faccia del luogo, ed ivi aveva luogo la finta battaglia e si ordinava momentaneamente il possesso. In appresso nacque l'usanza più comoda al pretore, che le parti via dal tribunale si recassero sul fondo, ivi eseguissero la pugna simbolica, e pigliassero seco in presenza degli addotti testimoni una mano di terra, sulla quale aveva poi luogo in tribunale la vindicazione [10]. Più tardi ancora s'introdusse un'altra usanza ancor più comoda, in tanto che le parti, per risparmiare una doppia strada, facevano ancor prima di andare in tribunale il combattimento sul fondo [11], e davano cauzione di compa-

(6) Ella si chiamava allora *vindiciæ*, Festus *h. v.*

(7) Ciò si diceva nelle dodici tavole *in iure manum conserere*, Gellius xx. 10.

(8) Ciò si diceva *vindicias dicere*, Gaius iv. 16; Gellius xx. 10.

(9) Vedi in proposito Savigny *über die lis vindiciarum* (*Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch.* iii. 421).

(10) Gellius xx. 10. Codesta sfidagione si chiamava *ex iure manum consertum vocare*, Cic. *pro Murena* 12. 14; Varro *de ling. lat.* vi. 64; il torre un pugno di terra, *vindicias sumere*; i testimonii, *superstites*, Festus *v. Superstites*, *Vindiciæ*.

(11) Ciò era la *deductio quæ moribus fit*, Cic. *pro Tullio* 20 (16), *pro Cæcina* 1. 7. 32. A ciò si riferisce anche *l'ex conventu vim fieri*, *pro Cæcina* 8; *vis civilis et festucaria*, Gellius xx. 10. Una nuova opinione porta però Keller sulla *deduc-*

rire davanti al pretore; dopo del che alla presenza di questo, ma solo in apparenza, agivano come se dietro suo comando effettuassero l'andata e il ritorno [12]. Finalmente sotto gli imperatori il procedimento, se tale occorreva, era ancora più semplice, poichè senz'altro apparecchio si portava una mano di terra, e si procedeva sovr' essa come sopra una cosa mobile [13].

677. Nella procedura formolare la vindicazione prese l'aspetto che segue. L'attore che voleva reclamare una cosa come sua per diritto quiritario, provocava il possessore a dargli promessa (*spondere*), quando la sua istanza fosse riconosciuta giusta, di una certa somma; contemporaneamente costui doveva stipulare e mallevare la restituzione della cosa unitamente ai frutti. La proposizione e il dibattito giudiziario si aggiravano a principio sulla sponsione; ma dopo la condanna l'attore, invece di chiedere il danaro, si giovava del pregiudicamento (*præiudicium*) incluso nella sentenza per domandare direttamente in virtù di quella stipulazione la cosa [14]. Altra via più semplice era la formola petitoria, mercè cui

tio quæ moribus fit (SAVIGNY *Zeitschrift* XI. 287-304). Secondo lui questa *deductio* non si connetteva all'antica forma di vindicazione *per sacramentum*, ma fu introdotta colla forma posteriore *per sponsionem*. Senonchè quello stesso nome quasi tecnico dimostra, ch'ella deriva da consuetudine, non da disposizione positiva più recente. L'obbiezione, che il comune *vindicias sumere* non convenga ad un previo combattimento simbolico è combattuta dalla circostanza che esso aveva sempre luogo, secondo Gellio, dopo il *manum conserere*.

(12) CIC. *pro Murena* 12.

(13) GAIUS IV. 17. 31. 95.

(14) GAIUS IV. 91. 93. 94; CIC. *in Verr.* II. 1, 45; (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 45. p. 191. Orell.

la proposizione e la sentenza venivano a cadere direttamente sulla proprietà dell'attore e il convenuto stipulava in genere di stare alla sentenza[15]. A questa formola venne pure plasmata quella pel dominio pretoriano, e per l'azione publiciana[16]. Del rimanente, se l'azione dominicale era portata ai centumviri, la qual cosa dipendeva, come pare, dalla volontà dell'attore, la s'introduceva tuttora sotto l'impero presso uno dei due pretori nella prisca forma del sacramento[17].

678. L'azione di vindicazione si applicava pel rimanente anche ad altri oggetti. Così alla prossecuzione di un'eredità. La quale come cosa individua si vindicava o presso i centumviri all'appoggio di un sacramento[18], ovvero con una sponsione[19], o colla formola petitoria[20]. Il simile fuori dubbio aveva luogo nella vindicazione delle servitù. La quistione sulla libertà d'un uomo era pure anticamente trattata in forma di sacramento, in quanto una parte vindicava l'uomo nella servitù e l'altra, ossia l'assertore che rappresentava quest'uomo, lo vindicava in libertà[21]; ma la contesa aveva questo di singolare, che sino a cosa fatta lo stato di possesso si dava sempre secondo libertà[22]. Cotesta forma del sacramento è menzionata anco più tardi in quistioni di libertà davanti

(15) Gaius IV 41. 89. 91. 92. Vedi § 537. nota 46.
(16) Gajus IV. 34. 35. 36.
(17) Gajus IV. 31. 95; Gellius XX. 10.
(18) Gajus IV. 17, c. 12. pr. C. *de petit. hæred.* (3. 31).
(19) Cic. *in Verr.* II. 1, 45.
(20) *Fr.* 3. 10. D. *de hered. petit.* (5. 3).
(21) Gajus IV. 14; Festus *v. Sertorem*, Theophil. IV. 10. pr., Liv. III. 44-48; Dionys. XI. 29-37.
(22) *Fr.* 2. § 24. D. *de orig. iur.* (1. 2), Dionys XI. 30.

ai *decemviri stlitibus iudicandis* [23]; davanti ai ricuperatori [24] è da credere, che sottentrasse la procedura con sponsione e la formola petitoria. In ordine però al possesso di stato provvisorio si mantenne il favore antico della libertà [25], e fino a Giustiniano che l'abolì [26], anche la necessità di un assertore [27]. Se i voti dei giudici erano pari si doveva pronunciare, secondo la legge Giunia Petronia, forse dell'età di Augusto, a favore della libertà [28]. Se la sentenza era contro la libertà, ma un terzo pagava pel condannato il prezzo del riscatto, costui acquistava la latinità, e secondo Giustiniano anche il cittadinatico [29]. Il senatoconsulto Giuniano sotto Domiziano minacciò di pena le collusioni dei padroni nelle cause di libertà [30]. Ma d'altro canto venne anche vietato di contendere dopo cinque anni sopra lo stato di uno morto in qualità di libero [31].

679. Le azioni personali si trattavano in origine nella forma generica del sacramento o della *iudicis postulatio* [32]. Ma più tardi venne fuori per l'azione a *dare* una *legis actio* speciale, in cui l'attore con una denunciazione al maestrato obbligava senza più il convenuto a

(23) Cic. *pro Cæcina* 33, *Declam. pro domo* 29.
(24) Plaut. *Rudens* v. 1. *v.* 2; Sueton. *Vespas.* 3. *Domit.* 8.
(25) *Fr.* 24. pr. *fr.* 25. § 2. D. *de liber. caus.* (40. 12).
(26) Paul. *sent. rec.* v. 1. § 5, *c.* 1. 4. 5. (5. 8. 9), C. Th. *de liber. caus.* (4. 8).
(27) *C.* 1. *C. de adsert. tollend.* (7. 17).
(28) *Fr.* 24. D. *de manumiss.* (40. 1), *fr.* 38. pr. D. *de re iud.* (42. 1).
(29) *C. un.* § 8. C. *de latina libert. tollenda* (7. 6).
(30) *Fr.* 1. D. *de collus. deteg.* (40. 16), *c.* 2. C. *eod.* (7. 20).
(31) Sueton. *Tit.* 8; Capitol. *M. Antonin.* 10., *fr.* 1. 4. D. *ne de statu defunct.* (40. 15), *c.* 4. 8. C. *eod.* (7. 21).
(32) Gajus iv. 13. 16. 20.

comparire in capo a trenta giorni per la scelta di un giudice[33]. Da questa denunciazione codesta forma tolse nome di dinunzia (*condictio*) [34]. Ella fu la prima volta introdotta dalla legge Silia per le azioni a *certa pecunia*, poi estesa dalla Calpurnia ad ogni *certa res* [35]. Nella procedura formolare vi sottentrò la formola concepita a *dare*; la quale, sebbene impropriamente, continuò a dirsi dinunzia, e fu distinta in *condictio certi* ed *incerti*, secondochè si riferiva a cosa corporale od incorporale [36]. Alle azioni a *facere* la procedura formolare provvide egualmente parte colla *formula incerta* generale, parte con molte formole apposite che s'intitolarono dalla qualità dei negozi [37].

680. Del rimanente in certe azioni a *pecunia* aveva luogo una procedura più spiccia. Tal era la *legis actio per manus iniectionem*; la quale aveva propriamente per effetto di obbligare il convenuto a costituire di subito un vindice che su di sè pigliasse la cosa, e di autorizzare in caso d'urgenza l'attore a trarlo seco e trattarlo a guisa di schiavo debitario. In origine, secondo le dodici tavole, un tal procedere non si usava che contro il debitore condannato che non pagava. Ma leggi ulteriori lo applicarono anche ad altri casi, e segnatamente all'*actio depensi* del cauzionario contro il debitore principale, pel quale avesse questi

(33) Che il *condicere* o *denuntiare* seguisse davanti al pretore, è cosa non dubbia secondo GAIUS IV. 29. E con ciò cade il supposto di ASVERUS *Denunciation der Römer* (1843) § 14, il quale tiene il *condicere* per un surrogato dell'*in ius vocatio*.
(34) GAJUS IV. 18; FESTUS *v. Condictio*, SERVIUS *ad Æn.* III. 117.
(35) GAJUS IV. 19.
(36) Vedi § 559.
(37) Vedi § 558. 561.

pagare. In seguito le leggi designarono varii altri casi, in cui si poteva agire *per manus iniectionem*, lasciato però in facoltà del convenuto lo eccepire per se medesimo a vece di costituire un vindice. Questo temperamento venne in ultimo converso in regola, e la forma di rigore non si mantenne più che nell'*actio iudicati* e *depensi*; di che anche dopo l'abolizione delle azioni di legge rimase un vestigio nell'obbligo imposto al convenuto di prestare nei detti due casi una *cautio iudicatum solvi*[38]. Altre ragioni di credito erano guardate con tal favore, che al loro riguardo si poteva proporre la *legis actio per pignoris captionem*. Tal si era il diritto spettante per uso antichissimo all'uom di guerra in fatto di *æs militare*, *equestre* e *hordiarium*. [39]. Le leggi delle dodici tavole ed altre lo estesero a più casi[40], e segnatamente alla riscossione delle imposte per opera di pubblicani[41]; i quali, se più tardi ne furono privati[42], ritennero tuttavia una formola speciale di azione plasmata a cosiffatta *legis actio* [43]. L'azione a *certa credita pecunia* aveva egualmente nel procedimento formolare varie particolarità[44].

681. Azioni miste si dissero nella giurisprudenza posteriore le azioni a divisione, siccome aventi nello

(38) Gajus IV. 21-25. Da questa *manus iniectio*, che sempre si faceva in tribunale, è totalmente diversa quella stragiudiziale, che poteva aver luogo contro schiavi per effetto di certe riserve (§ 450. nota 75. § 472. nota 54).

(39) Vedi § 30. 178.

(40) Gajus IV. 26-29.

(41) Cic. *in Verr.* III. 11.

(42) *Fr.* 1. pr. D. *de publican.* (39. 4).

(43) Gajus IV. 32.

(44) Ne fanno fede *lex tabulæ Heracl.* lin. 44. (Haubold *monum.* p. 44), *lex Rubria c.* 21. 22; Cic. *pro Rosc. Com.* 4. 5; Gajus IV. 13. 171.

stesso tempo ad oggetto una cosa ed una prestazione personale[45]. Le medesime si trattavano anticamente in via di sacramento o di *iudicis postulatio*. Nella procedura formolare si instruivano additando al giudice nella parte della formola detta aggiudicazione il punto controverso di fatto[46], e nella condannazione la prestazione personale. L'assegnazione per l'assolutoria tornava qui fuor di proposito[47].

682. Il pregiudicamento era un'azione, mercè cui non si aveva che a pronunciare della verità d'un asserto; onde la relativa formola non recava condanna, ma si componeva solamente dell'intenzione[48]. In questa forma potevano essere proposte al giudicante e le quistioni di diritto, verbigrazia, d'ingenuità, libertinità o paternità[49], e quelle eziandio di puro fatto[50]. Attore in simili cause s'intendeva colui, sulla cui proposta era l'*intentio* compilata[51].

683. Una divisione più generale, non però comprensiva di tutte le azioni[52], era quella in *actiones stricti iuris* e *bonæ fidei*[53]. Non è dubbio, che in

(45) § 20. J. *de act.* (4. 6), Theophil. iv. 6. § 20, *fr.* 22. § 4. D. *famil. herc.* (10. 2), *fr.* 4. § 3. D. *comm. divid.* (10. 3). Ma l'*actio mixta* occorre anche in senso un pò diverso, *fr.* 37. § 1. D. *de obl. et act.* (44. 7).

(46) Gajus iv. 42.

(47) Così si spiega il terzo esempio recato da Gajus iv. 43. Vedi in proposito G. Hasse nel *Rhein. Museum* vi. 172-179.

(48) Gajus iv. 44; Theophil. iv. 6. § 13.

(49) § 13. J. *de act.* (4. 6), *fr.* 5. § 18. D. *de agn. liber.* (25. 3), *fr.* 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 30. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).

(50) Ne recano esempi Gajus iii. 123. iv. 44; Paul. *sent. rec.* v. 9. § 1.

(51) *Fr.* 12. D. *de except.* (44. 1).

(52) Locchè si ricava dal § 28. J. *de act.* (3. 6), *fr.* 5. pr. § 4. D. *de in lit. iur.* (12. 3).

(53) Gajus iv. 62; § 28. J. *de act.* (4. 6).

origine il pretore dichiarava a ciascun caso per mezzo della formola se il giudice doveva, come vero giudice, sentenziare a rigore, secondo la proposizione data, o se, governandosi con maggior larghezza come arbitro[54], doveva pur tenere in conto l'equità e buona fede[55]. Da questi punti di vista vennero in seguito col perfezionarsi dell'editto segnate le formole pei singoli negozi[56], e così stabilito anticipatamente, quando avesse luogo un giudizio (*iudicium*), quando un arbitramento (*arbitrium*)[57]. S'andava a rigor di lettera nelle azioni per negozi non producenti propriamente obbligazione che da un lato solo[58], e così in fatto di contratti letterali o verbali[59], ancorchè avessero questi ad oggetto un incerto[60], come anche nel mutuo[61], quantunque l'obbligazione da questo nascente fosse di *ius gentium*[62]. All'incontro i negozi abituali della vita si consideravano in complesso come fondati sulla buona fede, per lo che il giudice nell'azione doveva segnatamente tener conto di ciò che per avventura il

(54) Vedi § 660.

(55) Ciò è dimostrato dal fatto riferito in VALER. MAX. VIII. 2. 1; CIC. *de offic.* III. 16.

(56) Ne dà un esempio GAJUS IV. 47.

(57) Questo stato di cose e il diverso carattere de' *iudicia* ed *arbitria* è dimostrato da CIC. *pro Rosc. Com.* 4. 9, *Topic.* 17, *de offic.* III. 15. 17; SENECA *de benef.* III. 4, *de clement.* II. 7.

(58) Vedi § 567. nota 28.

(59) CIC. *pro Rosc. Com.* 4. 5; *fr.* 5. pr. § 4. *fr.* 6. D. *de in lit. iur.* (12. 3).

(60) Vedi § 571. nota 33. L'*actio incerti* non era dunque di necessità *bonæ fidei.*

(61) THEOPHIL. IV. 13. § 3.

(62) GAJUS III. 132; § 2. J. *de iure natur.* (1. 2). Dunque anche i negozi improntati al *ius gentium* non erano necessariamente *bonæ fidei.*

convenuto avesse da reclamare in virtù dello stesso negozio[63]. La dinunzia era trattata nell'una o nell' altra maniera secondo la qualità del rapporto giuridico, da cui traeva il suo fondamento[64].

CAPITOLO V.

CONTESTAZIONE DI LITE ED ECCEZIONI.

684. Scopo del procedimento innanzi al maestrato non è di subito la decisione, ma il fermare con proposizioni e controproposizioni quello su di che il giudice dee conoscere. Tostochè questo vien stabilito, le parti ne debbono essere inalterabilmente vincolate, perchè in caso diverso ne nascerebbe la massima confusione. Nella procedura formolare questa linea di confine fu perciò indicata colla scambievole chiamata di testimonii davanti al maestrato, con che le parti significavano di voler imprendere il giudizio ordinato[1].

(63) Cic. *de offic.* III. 17, *Topic.* 17; Gajus IV. 61. 62; § 30. 39. J. *de act.* (4. 6).

(64) *Stricti iuris* era per conseguenza la *condictio ex mutuo*, Theophil. IV. 13. § 3; *bonae fidei* per contro in altri casi, *fr.* 28. § 4. D. *de iureiur.* (12. 2), *fr.* 50. pr. D. *de iure dot.* (23. 3); spesso anche nè l' un nè l'altro, come la *condictio furtiva*, od *ex L. Aquilia*, *fr.* 9. § 1. D. *si cert. petit.* (12. 1). Falsa è quindi l'opinione ora generalmente invalsa, e adottata dallo stesso Savigny, che le dinunzie fossero sempre *stricti iuris* (§ 562).

(1) Festus. *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.* Sinonima è l'espressione *iudicium acceptum*, *contestatum*. Che la contestazione seguisse *in iure*, lo dimostra fra gli altri Gellius V. 10. La contraddittoria *c. un.* C. *de lit. cont.* (3. 9) appartiene ai tempi ulteriori.

E questa formalità si appellò contestazione di lite[2]. Se così già si praticasse al tempo delle azioni di legge, ovveramente la contestazione di lite stesse materialmente inchiusa nella consumazione della *legis actio*, è quanto non possiamo accertare[3]. Ma falsa è certamente l'opinione che alla chiamata dei testimonii precedesse un formale contratto[4]. Gli effetti contrattuali che la medesima produceva s'inducevano molto più naturalmente dall'essere stato il giudicio, mediante la cooperazione delle parti, ordinato come norma invariabile pel seguito della causa. Quest'è il concetto, per cui la contestazione di lite ingenerava un'obbligazione, la quale anullava per sempre l'azione primitiva, o *ipso iure* col sottentrare per novazione alla materia di essa, se di tanto era suscettiva[5], o indirettamente coll'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*. Il primo effetto occorreva quando si era agito in un *iudicium legitimum*, per una ragion personale, e con una *formula in ius concepta*; il secondo quando l'azione era stata intentata sotto l'imperio, o per un diritto reale, o colla formola concepita meramente in *factum*[6]. Ancora da quel concetto si deduceva essere la contestazione di lite interruttiva della prescrizione dell'

(2) Insigne lavoro sopra questa materia è quello di KELLER *über Litis Contestation und Urtheil*. Zürich 1827. Vedine la recensione di BETHMANN-HOLLWEG nella *Tübinger krit. Zeitschr. für Rechtswiss.* v. 73.

(3) La prima è opinione di KELLER, la seconda di BETHMANN-HOLLWEG.

(4) Altramente pensano: MAYER *die Litis Contestatio*. Stuttgart 1830. RUDORFF *Recension* di quest'opera (SAVIGNY *Zeitschrift* VII. 231). I quali anzi affermano, che la contestazione di lite era un contratto *per æs et libram*. Ma vedi in contrario, e giustamente, PUCHTA *Institutionen* II. § 172.

(5) *Fr.* 29. D. *de novat.* (46. 2), *fragm. Vatic.* § 263.

(6) GAJUS III. 180. 181. IV. 106. 107.

azione, e perpetuarsi a favore e contro gli eredi i diritti d'azione che colla morte sarebbero svaniti [7]. Del resto anche dopo la contestazione di lite poteva il giudizio, se le circostanze lo richiedevano, trasferirsi ad altra persona [8]; ma in qual forma ciò si operasse, non risulta chiaramente.

683. Se il convenuto riconosceva bensì la legittimità dell'azione contro lui intentata, ma invocava una circostanza di fatto che indirettamente la rendeva invalida, l'equità voleva che quest'eccezione si pigliasse ad esame [9]. Non è ben noto in qual forma ella fosse trattata al tempo delle azioni di legge [10]. Al tempo della procedura formolare, se l'eccezione veniva incontanente provata, il pretore rigettava senz'altro l'azione [11]. Nel caso opposto dava ordine al giudice con un'eccezione (*exceptio*) aggiunta all'*intentio* di esaminare anche i fatti contrapposti dal convenuto e governarsi a norma del risultato del suo esame [12]. Però nelle *bonæ fidei actiones* il giudice doveva già d'ufficio aver l'occhio ai fatti ripugnanti per diretto alla buona fede, ed in ispecie tener conto dell'eccezione di dolo e collusione, non altrimenti che ne fosse stato formalmente instrutto [13]. Del resto le eccezioni

(7) *Fr.* 8. § 1. D. *de fidei. et nomin.* (27. 7), *fr.* 24. pr. D. *de liber. caus.* (40. 12), *fr.* 29. D. *de novat.* (46. 2), *fr.* 87. 139. pr. D. *de reg. iur.* (50. 17).

(8) *Fr.* 17. 27. 46. pr. D. *de procur.* (3. 3), *fr.* 7. § 9. D. *de dolo* (4. 3), *fr.* 57. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 15. D. *de noxal. act.* (9. 4), *fr.* 24. § 4. D. *de liber. caus.* (40. 12), Paul. *sent. rec.* v. 1. § 5.

(9) Gajus iv. 115-118, pr. § 1-8. J. *de except.* (4. 13).

(10) Gajus iv. 108.

(11) *Fr.* 9. pr. § 5. D. *de iureiur.* (12. 2).

(12) Gajus iv. 119; Cic. *de invent.* ii. 19. 20, *fragm Vatic.* § 310.

(13) *Fr.* 7. D. *de negot. gest.* (3. 5), *fr.* 3. D. *de resc. vend.*

si dicevano o perentorie o dilatorie[14], secondochè i fatti a cui il convenuto aveva fatto richiamo annullavano per sempre ovvero a tempo l'azione. Nondimeno se a vece di ritirarsi in tempo l'attore si era lasciato trarre sino alla contestazione di lite ed al giudizio, anche l'eccezione dilatoria, per ragion della consunzione (*consumptio*) che indi si operava del diritto d'agire, perdeva l'azione per sempre[15]. Nella stessa guisa che l'eccezione, poteva ancora aggiungersi alla formola una replicazione e duplicazione (*replicatio*, *duplicatio*)[16].

686. Finalmente poteva darsi, che il convenuto temesse dall'addentrarsi nell'azione un pregiudizio ad un diritto più generale annesso alla medesima. A questo rischio egli poteva ovviare con una prescrizione (*praescriptio*), che si poneva in capo alla formola[17]. Più tardi gli fu data un'eccezione[18]. Tutt' all'opposto le eccezioni furono allora dette frequentemente, nel linguaggio degli oratori, prescrizioni[19].

(18. 5), *fr.* 21. D. *solut. matrim.* (24. 3), *fr.* 84. § 5. D. *legat.* I. (30), GAJUS IV. 61. 62; § 30. J. *de act.* (4 6).

(14) Quest'ultime, come ogni altra dilazione opposta all'azione, si chiamavano *translationes*, CIC. *de invent.* I. 8. II. 19. 20; AUTHOR *ad Herenn.* I. 12; FORTUNATIAN. *art. rhet. lib.* I. p. 68. ed. Capperon.

(15) GAJUS IV. 120-25, § 8-11. J. *de except.* (4. 13).

(16) GAJUS IV. 126-29, *tit.* J. *de replic.* (4. 14).

(17) Vedi § 672.

(18) GAJUS IV. 133. Ne recano esempi i *fr.* 16. 18. D. *de except.* (44. 1). Vedi anche § 632. nota 33. 34.

(19) Donde la Rubrica: *de exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*, Dig. XLIV. 1.

CAPITOLO VI.

SENTENZA.

687. Colla parte della formola che si chiamava condanna, il giudice riceveva l'ordine preciso di condannare o assolvere [1]. Quest'era la mira dell'obbligazione posta colla contestazione di lite [2]. Quindi se il convenuto a contestazione fatta si era trovato debitore, ma in appresso aveva spontaneamente soddisfatto, questa circostanza a rigor di legge non autorizzava l'assolutoria; conseguenza che fu poi dalla giurisprudenza mitigata sulle traccie di Sabino e Cassio [3].

688. Al tempo delle azioni di legge la condanna poteva aver per obbietto la cosa stessa; ma nella procedura formolare non recava che il pagamento di una somma di danaro, la cui designazione dipendeva dalla qualità dell'azione [4]. Trattandosi di somma al tutto determinata, la si enunciava nella condanna [5], e il giudice doveva attenervisi letteralmente [6]. All'incontro nell'azione ad un incerto gli si indicava un massimo, ch'ei non poteva trascendere a pena di sodar del proprio [7]. In altri casi poi, e segnatamente nelle azioni dominicali, aveva piena ba-

(1) Gajus IV. 43; *fr.* 1. D. *de re iudic.* (42. 1), *c.* 3. C. *de sentent.* (7. 45).
(2) Gajus III. 180.
(3) Gajus IV. 114; § 2. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12).
(4) Gajus IV. 48. 49.
(5) Gajus IV. 43. 50. 52. Ne dà un esempio Gaius IV. 46.
(6) Gajus IV. 57.
(7) Gajus IV. 43. 51. 52; Festus *v. Taxat.* Ne dà un esempio Gajus III. 224.

lia [8]. Codesta massima però subiva una modificazione nelle così dette *arbitrariæ actiones* [9], dove una clausola tutta particolare inserta alla formola [10] comandava al giudice, quando trovasse l'azione fondata, di cooperar prima buonamente alla prestazione della cosa stessa [11], e dove questo spediente riuscisse infruttuoso, condannare in danaro [12]. Ma sempre l'ultimo verbo del giudice dovea designare una somma determinata, non ostante che la condanna posta nella formola suonasse indeterminata [13]. Quindi il giudice doveva in questo caso estimare, avendo l'occhio alla tassa in qualche modo adombrata dall'attore [14], apprezzando tuttavia la cosa in fatto di *stricti iuris actiones* dal tempo della contestazione della lite, in fatto di altre azioni dal tempo della condanna [15], e computando in entrambi i casi i frutti

(8) Gajus iv. 51.
(9) Vedi in proposito Savigny *System* v. § 221-223.
(10) Cic. *in Verr.* ii. 12.
(11) Il *fr.* 68. D. *de rei vind.* (6. 1) parla, a dir vero, di una costrizione diretta; ma esso appartiene al diritto recenziore. Vedi Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 29. 30; Savigny *System* v. 123.
(12) § 31. J. *de act.* (4. 6), Gajus iv. 163, *fr.* 18. pr. D. *de dolo* (4. 3), *fr.* 16. § 3. D. *de pignor.* (20. 1). Ne son d'esempio la *formula petitoria*, Cic. *in Verr.* ii. 12, *fr.* 35. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1), l'*actio Publiciana*, *Serviana*, *hypothecaria*, *quod metus causa*, *de dolo*, *ad exhibendum*, § 31. J. *de act.* (4. 6). Un' azione arbitrale di genere particolare era l'*actio de eo quod certo loco*, *fr.* 2. pr. § 8. *fr.* 3. 4. § 1. *fr.* 5. 7. D. *de eo* (13. 4).
(13) Gaius iv. 52.
(14) Cic. *pro Tullio* 7.
(15) *Fr.* 3. § 2. D. *commod.* (13. 6). Con questa distinzione si dilegua forse l'antinomia tra il *fr.* 22. D. *de reb. cred.* (12. 1), e il *fr.* 3. D. *de cond. trit.* (13. 3). Il primo parla della *condictio ex mutuo*, che era *stricti iuris*, il secondo delle dinunzie d'altro genere (§ 681). Molto sforzato sembra il tentativo che fa per appianare quest'antinomia Liebe *Stipulation* p. 53-

percetti dappoi la contestazione [16]. Se il convenuto non era al tutto immune da dolo, il giudice aveva facoltà (che ignoriamo quando siagli stata impartita) di deferire all'attore, in cambio del proprio estimo, il giuramento sul valore della cosa [17]; ed a questa facoltà la giurisprudenza insensibilmente v'arrose l'altra di restringere esso giuramento a una data misura [18]. Per mezzo dello stesso giuramento si faceva sopratutto estimazione nelle *actiones arbitrariæ*, quando il convenuto non ottemperasse all'arbitrato [19]; ad evitare il qual danno assentiva questi indubitatamente il più delle volte alla prestazione della cosa stessa. Tutto questo negozio però nelle azioni miste correva altrimenti; poichè in esse il pronunciato del giudice, secondo la formola, recava l'aggiudicazione della cosa medesima [20], con che si trasferiva incontanente la proprietà quiritaria [21].

689. I giureconsulti romani raffiguravano l'effetto della sentenza legalmente data come l'adempimento dell'obbligazione contratta colla contestazione di lite, e in caso di condanna come la sostituzione a quest'

61. PUCHTA *Institutionen* II. p. 166. rinunzia a darne la spiegazione.

(16) *Fr.* 17. § 1. *fr.* 20. 35. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 25. § 8. D. *de ædil. edict.* (21. 1), *fr.* 2. 3. § 1. *fr.* 10. 15. 19. § 1. *fr.* 34. 35. 36. 38. § 7-15. D. *de usur.* (22. 1).

(17) *Fr.* 2. § 1. *fr.* 4. § 4. *fr.* 5. pr. § 3. 4. *fr.* 6. D. *de in lit. iur.* (12. 3), *fr.* 16. § 3. D. *de pignor.* (20. 1), *fr.* 41. § 1. D. *de re iudic.* (42. 1).

(18) *Fr.* 4. § 2. *fr.* 5. § 1. D. *de in lit. iur.* (12. 3), *fr.* 18. pr. D. *de dolo* (4. 3).

(19) *Fr.* 1. *fr.* 2. § 1. *fr.* 8. D. *de in lit. iur.* (12. 3), *fr.* 18. pr. D. *de dolo* (4. 3), *fr.* 68. D. *de rei vind.* (6. 1).

(20) Vedi § 681.

(21) ULPIAN. XIX. 16. Che quest'effetto fosse proprio soltanto di un *iudicium legittimum*, non bastano a provarlo i *fragm. Vatic.* § 47.

obbligazione di quella a esecuzione del giudicato[22]. Quindi come prima colla contestazione di lite, così dopo colla condanna si consumava, quando *ipso iure*, quando indirettamente coll'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, il primiero titolo di diritto[23]. Senonchè questa consunzione sarebbe stata soverchiamente gravosa all' attore se da esso titolo avessero potuto nascere altre azioni oltre quella già discussa. Quindi egli poteva ovviare a un tal danno facendo una riserva, che si scriveva in capo alla formola[24].

690. Riguardo al tempo, entro cui la sentenza doveva emanare, in origine non vi era limitazione che nello stesso ordine della cosa; onde un giudizio ordinato sotto l'imperio non durava oltre il termine per cui chi lo aveva costituito serbava esso imperio. Ai giudizi legittimi (*iudicia legitima*) la legge Giulia assegnò il termine di un anno e sei mesi[25]. Se pertanto in capo a tali termini non si otteneva sentenza, l'attore perdeva per sempre la cosa, giacchè una nuova azione od era inammessibile di pien diritto o poteva respingersi con un' eccezione[26]. Di qui si comprende il perchè ad intentar *iudicia sub imperio* si aspettava l'incominciamento di un anno di carica[27].

(22) Gajus III. 180, *fr.* 3. § 11. D. *de pecul.* (15. 1).
(23) Gajus III. 181. IV. 106-108.
(24) Gajus IV. 130. 131. Con ciò si spiega Cicero *de orat.* I. 37.
(25) Gaius IV. 104. 105. A ciò si riferiscono ancora i *fr.* 18. § 4. D. *de dolo* (4. 3), *fr.* 32. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 30. § 1. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), *fr.* 3. § 1. D. *quæ in fraud. credit.* (42. 8), *fr.* 2. D. *de div. temp. præscr.* (44. 3).
(26) Gajus III. 181. IV. 106. 107.
(27) Così si spiegano Juvenal. *satyr.* XVI. *v.* 42, Servius *ad Æn.* II. 102.

Tuttavia nelle provincie quest'ultima limitazione non era più sotto gl' imperatori osservata [28].

691. Del rimanente varie cose potevano tener il luogo d' una sentenza. Tal era in prima la ricognizione del convenuto innanzi al maestrato di andar debitore di quanto l'attore gli chiedeva. Sin dai tempi delle dodici tavole questa confessione aveva in un debito di danaro [29], e più tardi in tutte le azioni riguardo all' esecuzione (*executio*) lo stesso effetto di un giudicato [30]. Oltrecciò il giuramento deferto innanzi al pretore dall'una parte all'altra sul merito dell'azione costringeva questa parte a giurare o pagare od a riferire il giuramento [31]. La prestazione poi d'un giuramento deferto o referto, a tenor della massima che la proposizione di giurare fa giudice, a guisa d'una convenzione, la coscienza dell'altro, equivaleva a un giudicato [32]; ma, come da questo, non ne nasceva un'esecuzione, sibbene una semplice azione ordinaria od eccezione [33]. La formola di asseverazione giurata dipendeva per primo dal deferente [34]. Analoghi effetti aveva la transazione di lite [35]. Finalmente anche

(28) Com'è dimostrato da Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* x. 391.

(29) Gellius xx. 1.

(30) *Lex Rubria c.* 21. 22, *fr.* 56. D. *de re iud.* (42. 1), *fr.* 1. 3. 4. 6. D. *de confess.* (42. 2), Paul. *sent. rec.* v. 5 a. § 2. 3. 4.

(31) *Fr.* 34. § 6. 7. 8. D. *de iureiur.* (12. 2), Paul. *sent. rec.* ii. 1. § 1. 2; Quintil. *inst. orat.* v. 6.

(32) *Fr.* 1. 2. 5. § 2. *fr.* 7. 42. § 3. D. *de iureiur.* (12. 2), *fr.* 56. D. *de re iudic.* (42. 1), *fr.* 1. pr. D. *quar. rer.* (44. 5).

(33) *Fr.* 7. 9. pr. § 1. 6. 7. *fr.* 11. 28. § 10. *fr.* 29. D. *de iureiur.* (12. 2), § 11. J. *de act.* (4. 6).

(34) *Fr.* 3. § 4. *fr.* 4. 5. pr. § 1. 3. *fr.* 33. 34. § 5. D. *de iureiur.* (12. 2).

(35) *Fr.* 16. D. *de transact.* (2. 15), *c.* 6. 17. 20. 33. C. *de transact.* (2. 4).

prima e durante la lite si poteva compromettere in un terzo come giudice decisivo [36]. Ma il costui pronunciato non faceva sentenza, e per averne ademmento conveniva agire in forza della stipulazione di arbitramento [37].

CAPITOLO VII.

SPOSIZIONE DI UNA LITE ROMANA.

692. La causa incominciava colla citazione dell'avversario; la quale non era opera del maestrato, ma del solo attore. A questo fine la legge delle dodici tavole gli concedeva in caso di necessità l'uso diretto della forza, con che prima avesse chiesto testimoniali sulla faccia del luogo di aver citato l'altro ordinatamente ed aver questi rifiutato di seguirlo [1]. Il convenuto che si era condotto a tal punto da necessitare la forza, non poteva più liberarsi dalle mani dell'attore che col presentare un vindice idoneo, il quale pigliasse la causa sopra di sè [2]. La massima di lasciare la citazione in mano dell'attore si mantenne fino a tarda età [3]; ma l'editto e la giurisprudenza vi reca-

(36) Cic. *pro Quint.* 5, *fr.* 1. 3. 4. 5. 6. 13. § 3. 4. D. *de recept.* (4. 8).
(37) Paul. *sent. rec.* v. 5a. § 1, *fr.* 2. 11. § 3. *fr.* 27. § 7. *fr.* 38. D. *de recept.* (4. 8), *c.* 1. 5. C. *de recept.* (2. 56).
(1) Porphyrio *ad* Horat. *satyr.* i. 9. *v.* 65; Cic. *de legib.* ii. 4. Festus *v. Struere*, Gellius xx. 1. Parlano dell'andata fra gli altri Horat. *satyr.* i. 9. *v.* 74-78; Plautus *Curcul.* v. 2. *v.* 23-27, *Persa* iv. 9. *v.* 8-10.
(2) Di questo *vindex* parlano Gellius xvi. 10; Gajus iv. 46; Festus *v. Vindex*, *fr.* 22. § 1. D. *de in ius voc.* (2. 4).
(3) Gellius xiii. 13, *c.* 1. 2. 3. C. *de in ius voc.* (2. 2).

rono parecchi temperamenti per ragion sì di persona[4], che di tempo[5] e di luogo[6]. Oltrecciò l'uso diretto della forza, benchè in diritto sempre lecito[7], fu reso inutile da un'azione che l'editto accordò in appresso contro i contumaci[8] e dalla coercizione publica[9]; e in luogo di un vindice bastò allora la malleveria ordinaria[10]. Quindi divenne regola, che in luogo della citazione le parti contraessero fra loro vadimonio di trovarsi a un dato giorno in tribunale[11], e il rozzo procedimento antico non fu più usato che in caso di omissione di quest'incumbente[12]. Nei municipii, se la causa apparteneva a Roma, il vadimonio di comparizione si decretava colà dal maestrato, e si ordinava contro i contumaci un giudicio recuperatorio[13]. Che se la parte era assente, o si teneva tanto celata da rendere la citazione impossibile, si decretava l'immissione nei beni[14].

(4) Gajus iv. 46. 183; *fr.* 2-8. 12. 13. 22. 23. 24. D. *de in ius voc.* (2. 4), § 3. J. *de pœna temere litig.* (4. 16).

(5) *Fr.* 1. D. *de fer.* (2. 12), *fr.* 2. § 1. D. *si quis in ius* (2. 5).

(6) *Fr.* 18-21. D. *de in ius voc.* (2. 4).

(7) *Fr.* 21. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 5. § 1. D. *qui satisdare* (2. 8).

(8) Gajus iv. 46.

(9) *Fr.* 2. § 1. D. *si quis in ius* (2. 5); *fr.* 1. § 3. D. *de insp. ventr.* (25. 4).

(10) *Fr.* 1. 2. D. *in ius vocati* (2. 6), *fr.* 1. 2. 5. § 1. D. *qui satisdare* (2. 8).

(11) Cic. *pro Tullio* 20. *pro Quint.* 5. 6. La *satisdatio* o *stipulatio in iudicio sistendi causa facta* frequentemente nominata nelle Pandette non è altro che questo Vadimonio.

(12) Horat. *sat.* i. v. 36. 37. 74-78.

(13) *Lex Rubria c.* 21. (Haubold *monum.* p. 153). Vedi sopra ciò Puchta (Savigny *Zeitschrift* x. 224).

(14) Cic. *pro Quint.* 19; Gajus iii. 78, *fr.* 7. § 1. *fr.* 13. D. *quib. ex caus. in possess.* (42. 4), *fr.* 19. D. *de in ius voc.* (2. 4).

693. In Roma, se l'ordine lo permetteva, la causa era di subito incominciata; ma nelle provincie, dove sempre affluiva al convento un gran numero di liti, si distribuivano queste a sorte, e le sedute s'aprivano per diversi giorni [15]. L'andamento della causa era nella prima età tracciato dalle azioni di legge. Nella procedura formolare vi si dava principio colla notificazione al convenuto per parte dell'attore del titolo e contenuto dell'azione [16], e colla presentazione della formola da questi proposta [17]. Se il punto di ragione colla sua formola era menzionato nell'editto, l'istanza si appoggiava con un accenno all'albo pretorio [18]. Ma in altri casi, se l'editto aveva formalmente sottomesso la concessione dell'azione alla cognizione del pretore [19], o si trattava di un fatto al tutto fuor del comune [20], o l'azione appariva manifestamente infondata [21], il pretore la poteva rigettare da bel principio. Fra più azioni egualmente lecite aveva l'attore la scelta [22]. All'azione teneva dietro la difesa del convenuto [23], e

(15) Cic. *in Verr.* II. 15. 18; Servius *ad Æn.* II. 102. VI. 431.

(16) Ciò si diceva *edere actionem*, *fr.* 1. pr. D. *de edendo* (2. 13). La vecchia opinione che prima o dopo l'*editio* avesse luogo una *postulatio actionis* ossia un ricorso particolare per poter piatire, non si può addimostrare.

(17) Che l'attore esibisse la formola al pretore, si ricava da Gajus IV. 35. 41. 86. 131; Cic. *in Verr.* III. 65. *de orat.* I. 37.

(18) *Fr.* 1. § 1. D. *de edendo* (2. 13).

(19) Ne danno esempi *fr.* 2. pr. D. *quod cum eo* (14. 5), *fr.* 10. pr. D. *quæ in fraud.* (42. 8), *fr.* 1. pr. D. *de superfic.* (43. 18).

(20) Vedi § 558. nota 33.

(21) Cic. *pro Flacco* 21; Gaius IV. 54; *fr.* 27. pr. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(22) Cic. *pro Cæcina* 3.

(23) Cic. *orat. partit.* 28.

consistendo questa in un'eccezione, la domanda di inserzione nella formola della clausola relativa [24]. Sì l'attore che il convenuto avevano sino alla contestazione di lite piena libertà di fare emendamenti alla formola proposta, ma non più a lite contestata [25]. Quindi se il pretore aveva sopra una formola difettiva concepito la sua e costituito il giudicio, ciò poteva dar luogo alla perdita dell'intiera causa [26]; motivo per cui molto si dava qui all'arte giuridica [27]. Se l'attore era in dubbio sopra certe qualità del suo avversario, necessarie a sapersi per ben redigere la sua istanza, poteva con interrogatorii davanti al pretore sforzare il medesimo a dichiararsi [28]. Tutti questi incumbenti si passavano a bocca, ma sin dai primi tempi è da credere che sen pigliasse breve atto cogli interlocuti del maestrato [29].

694. Se dello stesso giorno la causa non era chiamata o condotta a termine, il convenuto doveva mallevare con un vadimonio di ricomparire a un dato termine [30]. Mancando senza giusta cau-

(24) Cic. *de invent.* II. 19, *de orat.* I. 37.

(25) *C.* 3. C. *de edendo* (2. 1), *fr.* 4. § 3. D. *de nox. act.* (9. 4).

(26) Gajus IV. 57. 68, *fragm. Vatic.* 53; Cic. *de invent.* II. 19. *de orat.* I. 36; Quintil. *inst. orat.* III. 6. § 69.

(27) Cic. *Topic.* 17.

(28) *Fr.* 1. 2. 4. 5. 7. 8. 10. 11. 13. 20. 21. D. *de interrog.* (11. 1).

(29) Esempi dell'età ulteriore porgono *fragm. Vatic.* § 112, *fr.* 21. D. *de auctor. tut.* (26. 8), *fr.* 3. D. *de his quæ in testam. delent.* (28. 4), Spangenberg *tabul.* n. 63. Quanto agli interlocuti vedi *c.* 4. C. *comminat.* (7. 67).

(30) Gajus IV. 184. 185. 187; Cic. *pro Quint.* 7. 8; Gellius VII. 1. A ciò alludono forse i *vades* e *subvades* menzionati nelle dodici tavole, Gellius XVI. 10; Varro *de ling. lat.* VI. 74

sa [31], l'attore ne pigliava atto davanti a testimoni [32], e poteva quindi chiedere o il pagamento della somma fissata nel vadimonio [33], o come contro un condannato, secondo il vecchio diritto, la cattura, secondo l'editto, l'immissione nei beni [34]. Eguali mezzi coercitivi si adoperavano contro colui che comparendo negava di dar risposta [35].

695. Terminati gl'incumbenti, il maestrato ne' vecchi tempi delle azioni di legge dava di subito un giudice; ma in seguito alla legge Pinaria in capo a giorni trenta [36]. Lo stesso termine si osservò nella procedura formolare, in cui il pretore dava tempo alla redazione della formola. Esso trascorso si passava alla scelta del giudice, e sul costituito giudicio si operava la contestazione di lite. In questo stesso intervallo doveva pure non dubbiamente prestarsi la *cautio iudicatum solvi*, ogni qualvolta poteva essere addimandata [38]. Dopo ciò, e salvo che il pretore avesse accordato pel procaccio delle prove o per altri gravi motivi una dilazione [39], entrambe le parti

(31) Seneca *de benef.* IV. 9, *fr.* 2. 3. 4. D. *si quis caution.* (2. 11).

(32) Cic. *pro Quint.* 6. 17; *fr.* 22. pr. D. *ex quib. caus. maior.* (4. 6).

(33) Gajus III. 224. VI. 185. 186.

(34) *Lex Rubria de Gallia Cisalp.* c. 21. 22; Cic. *pro Quint.* 15. 18, *fr.* 2. pr. D. *quib. ex caus. in possess.* (42. 8).

(35) *Lex Rubria* c. 21. 22, *fr.* 52. D. *de reg. iur.* (50. 17).

(36) Gajus IV. 15. 18, (Ascon.) *in Verr.* II. 1, 9. p. 164. Oreil.

(37) Servius *ad Æn.* VI. 431.

(38) Gajus IV. 25. 88-91. 96-102, pr. § 1. J. *de satisdat.* (4. 11), Cic. *pro Quint.* 7. 8.

(39) *Fr.* 7. 10. D. *de feriis* (2. 12), *fr.* 36. pr. *fr.* 45. pr. D. *de iudic.* (5. 1), c. 1-4. C. *de dilat.* (3. 11).

dovevano trovarsi al terzo dì presso il giudice (*iudex*)[40]. Davanti a costui si esponeva primamente la cosa in breve, poi si perorava in disteso[41], e dopo le dicerie venivano i testimoni *hinc inde* addotti[42] interrogati dai procuratori[43], che in ciò potevano far mostra del loro accorgimento[44]. I testimoni dovevano convalidare con un giuramento la verità dei loro detti[45]. In luogo dei testimoni in persona potevano prodursi le loro asserzioni scritte[46], che naturalmente non erano accompagnate da giuramento[47]. La coercizione per le deposizioni testimoniali in cause civili fu ignota sino a Giustiniano[48]. Altri mezzi di prova erano scritture, notorii e confessioni strappate colla tortura[49]. Quest'ultime però non si ammettevano che nelle cause di eredità e contro schiavi[50]. A compimento di una prova il giudice poteva deferire il giuramento[51], e

(40) Nel *dies perendinus*, GAJUS IV. 15; CIC. *pro Murena* 12; FESTUS *v. Res comperendinata*, GELLIUS X. 24.

(41) Locchè si chiamava *causæ coniectio*, GELLIUS V. 10; (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 9. p. 164. Orell., *fr.* 1. D. *de reg. iur.* (50. 17); ovvero *collectio*, GAIUS IV. 15.

(42) Ne tratta ESCHER *de testium ratione.* Turici 1842.

(43) Che ciò si facesse dopo le dispute, si ricava da CIC. *pro Quint.* 14; C. TITIUS *apud* MACROB. *Saturn.* II. 12. Afferma FERRAT. *epist.* I. 3. appoggiandosi a CIC. *pro Cæcina* 9. 10. che i testimoni s'udivano prima di perorare. Ma il passo allegato nulla prova di ciò, perchè l'orazione per Cecina fu fatta in seguito ad un'*ampliatio*

(44) QUINTIL. *inst. orat.* V. 7.

(45) CIC. *pro Rosc. Com.* 15; QUINTIL. *inst. orat.* V. 7. § 5.

(46) QUINTIL. *inst. orat.* V. 7. § 1.

(47) ID. *ibid.* V. 7. § 32.

(48) ID. *ibid.* V. 7. § 9., c. 16. 19. C. *de testib.* (4. 20).

(49) QUINTIL. *inst. orat.* V. 1-5

(50) PAUL. *sent. rec.* V. 15. § 6. V. 16. § 2, *fr.* 2. D. *de appell. rec.* (49. 5).

(51) DIONYS. II 75, *fr.* 31. D. *de iureiur.* (12. 2), c. 3. C. *de reb. cred.* (4. 1).

probabilmente anche una delle parti poteva deferire nel giudizio (*iudicium*), come innanzi al pretore, il giuramento all'altra [52]. Dopo le dicerie in disteso, si riepilogavano in un' altercazione (*altercatio*) composta di domande e risposte i punti principali [53], e finalmente si dava sentenza. Se il giudicio si componeva di più persone, s'andava a pluralità di voti [54]; e se questa recava, non essere la causa abbastanza chiara, si ampliava, cioè si passava ad una seconda ed ulteriore istruttoria [55]. La sentenza doveva essere pronunciata oralmente [56], ma per lo più si metteva in carta, e si leggeva dal banco [57].

696. Davanti al giudice (*iudex*) non si dava, ed era d'altronde superflua, una cauzione di comparizione [58]. Imperocchè se il convenuto non compariva, era citato tre volte con una denunciazione orale o scritta, ovvero con un editto affisso pubblicamente [59], e la causa poteva quindi essere prosseguita, non ostante la sua assenza, e darsi validamente sentenza [60]. Sol quando,

(52) *Fr.* 25. § 3. D. *de probat.* (22. 3).
(53) QUINTIL. *inst. orat.* VI. 4.
(54) VALER. MAX. VII. 7, 1. *fr.* 36. 38. pr. D. *de re iud.* (42. 1).
(55) Quinci la *prima*, *secunda*, *tertia actio*, CIC. *pro Flacco* 20. *pro Caecina* 2. 33, (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 9. p. 164. Orell., *fr.* 36. D. *de re iud.* (42. 1), GELLIUS XIV. 2.
(56) *C.* 1. C. *de sentent. ex peric. recit.* (7. 44)
(57) SUETON. *Claud.* 15. Ne reca esempi ORELLI *inscr.* T. II. n. 3671; GRUTER *inscr.* p. 209. n. 1; SPANGENBERG *tabul.* n. 81.
(58) (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 9. p. 164. Orell.
(59) PAUL. *sent. rec.* V. 5A. § 7, *fr.* 68-72. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 26. § 9. D. *de fideic. libert.* (40. 5), *c.* 7. 8. 9. C. *quomodo et quando iudex* (7. 43).
(60) CIC. *in Verr.* II. 17, *fr.* 73. D. *de iudic.* (5. 1), PAUL. *sent. rec.* V. 5A. § 7, *c.* 1. Cod. Greg. X. 1; *c.* 1. 2. C. *quomodo et quando iudex* (7. 43).

come già si disse, occorreva una *cautio iudicatum solvi*, questa si teneva altresì per una legittimazione del giudicio[61].

—

CAPITOLO VIII.

COSTITUZIONE GIUDIZIARIA DELL'ETÀ IMPERIALE [1].

697. Sotto l'impero l'autorità giudiziaria fu ancora lungamente esercitata in Roma dai pretori, che a quest'effetto vennero notevolmente accresciuti[2]. Oltr'essi vi pigliavano anche parte i consoli[3]. Mantennesi inoltre il tribunale centumvirale, il quale anzi venne in grande autorità[4]. La sola innovazione sorta fu la giurisdizione del prefetto di città relativa ai piati che avevano un carattere di polizia[5].

698. Il concorso di giudici privati ossia giurati nell'amministrazione della giustizia fu serbato ed anzi meglio ordinato da Ottaviano nella riforma per lui intrapresa colla *lex Julia iudiciorum privatorum* [6]. Egli formò, apparentemente de' senatori e cavalieri, tre decurie, ed una quarta dei ducenarii ossia censiti in duecentomila sesterzi, per la cognizione delle cause di poco rilievo, cosicchè il numero dei giudici

(61) *Fr.* 5. § 2. *fr.* 6. 13. pr. D. *iudicat. solvi* (46. 7).
(1) Bethmann-Hollweg *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden Römischen Reichs*. Bonn 1834. Quest'insigne lavoro ha sparso sopra quest'argomento una luce nuova.
(2) Vedi § 265.
(3) Dio Cass. lxix. 7; Gajus ii. 278; Sueton. *Claud.* 12; Tacit. *ann.* xiii. 4; Plinius *paneg.* 77.
(4) Vedi § 658.
(5) Vedi § 269.
(6) Gellius xiv. 2, *fragm. Vatic.* § 197. 198.

salì ai quattro mila incirca[7]. Caligola v'arrose una quinta decuria; ed una sesta se ne formò sotto Galba fra gli stessi giudici, la quale però non si mantenne[8]. La scelta si faceva annualmente a sorte[9]. Come ufficio pubblico, questa carica non si poteva ricusare[10]; ma vi erano cause d'incapacità[11], e cause di escusazione, fra cui segnatamente un dato numero di figli[12]. Gli eletti si registravano in un albo[13]. Sulla loro degnità vegliava l'imperatore siccome investito della podestà censoria[14].

699. Fuor di Roma, e nelle contrade italiane i maestrati municipali avevano ancora una giurisdizione[15], ma ristretta. Il più antico ricordo su questo punto è la legge Rubria (A. 712), la quale fissò le attribuzioni de' maestrati civici della Gallia Cisalpina[16]. Costoro avevano in certe cause una competenza assoluta, ed in altre, specialmente in fatto di prestiti a danaro contante, una competenza ristretta ai 15000 sesterzi;

(7) Sueton. *Octav.* 32; Plinius *hist. nat.* xxxiii. 7. 8. (2), Seneca *de benef.* iii. 7. Il primo e l'ultimo passo fanno evidente prova che quest' instituzione si riferiva ai giudizi civili.

(8) Sueton. *Calig.* 16. *Galba* 14. Le quattro o cinque decurie dei *selecti* sono anche menzionate nelle iscrizioni, Orelli T. i. n. 73. T. ii. n. 3155. 3156. 3877. 3899.

(9) Dio Cass. liv. 18.

(10) *Fr.* 18. § 14. D. *de muner.* (50. 4), *fr.* 13. § 2. 3. D. *de vacat.* (50. 5).

(11) *Fr.* 12. § 2. D. *de iudic.* (5. 1), *fragm. Vatic.* § 194.

(12) *Fr.* 6. § 8. D. *de excus.* (27. 1), Sueton. *Claud.* 15, *fragm. Vatic.* § 197. 198.

(13) Sueton. *Claud.* 16; Seneca *de benef.* iii. 7.

(14) Plinius *hist. nat.* xxix. 8 (2), Sueton. *Claud.* 15. 16. *Domit.* 8.

(15) *Lex agraria Gaii Caligulæ* (*lex Mamilia*) c. 3. 5; Siculus Flaccus *de condit. agror.* p. 1.

(16) Vedi § 243.

pel rimanente ritenevano ancora una qualche parte del giudiziale imperio [17], ed erano effettivamente insigniti dell'*imperium* e *potestas* [18]. Ma più tardi la giurisdizione de' maestrati municipali vien ristretta puramente e semplicemente ad una data somma [19]; sono senza *imperium* e *potestas* [20], e mancano perciò dei diritti derivanti più dall'imperio che dalla giurisdizione [21], salvochè per ragion d'urgenza ne venga loro particolarmente delegato un qualche ramo [22]. Le cause sottratte alla lor cognizione andavano in Roma ai pretori [23], finchè per comodo delle regioni più remote s'instituirono i consolari, più tardi i giuridici [24].

700. Nelle provincie, le liti si giudicavano al modo antico dal preside [25] o suoi legati, s' egli aveva loro delegato la giurisdizione [26], nei giri per le città conventuali a ciò destinate [27], od altrimenti si davano a

(17) Vedi per maggiori particolari Puchta (Savigny *Zeitschrift* x. 205-227), Savigny *Röm. Recht im Mittelalt.* i. § 12.

(18) *Lex Rubria* col. i. lin. 51 (Haubold *monum.* p. 150). Puchta p. 206. 217 intende questo passo de' maestrati romani; ma vedi in contrario Savigny *Röm. Recht im Mittelalt.* i. § 12, Bethmann-Hollweg § 3. nota 7.

(19) *Fr.* 28. D. *ad munic.* (50. 1), Paul. *sent. rec.* v. 5a. § 1.

(20) Paul. *sent. rec.* v. 5a. § 1; *fr.* 32. D. *de iniur.* (47. 10).

(21) *Fr.* 26. D. *ad munic.* (50. 1).

(22) *Fr.* 1. 4. § 3. 4. D. *de damno infect.* (39. 2).

(23) *Id. ibid.*

(24) Vedi § 282.

(25) Gajus i. 6, *fr.* 7. § 2. *fr.* 8. 9. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 10. 11. D. *de off. præsid.* (1. 18). Anche le cause interdizionali, Aggenus *in Frontin.* p. 56.

(26) *Fr.* 4. § 6. *fr.* 5. 6. pr. § 1. *fr.* 12. 13. 15. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 4. D. *de off. eius* (1. 21).

(27) Strabo iii. 4. § 20. p. 167. Casaub., Plinius *epist.* x. 85; Gajus i. 20. La divisione di più provincie per conventi è descritta da Plinius *hist. nat.* iii. 3. 4. 25. 26. (1. 3. 21. 22). iv. 34. 35 (20. 22). v. 25. 29. 30. 31. 33. (27. 28. 29. 30).

decidere ad un altro[28]. Ma vi erano varie esenzioni. E primieramente tutte le città libere, com'è naturale, avevano la lor propria giurisdizione[29]. Così pure i municipii e le colonie sotto le stesse restrizioni che in Italia[30]. Per ultimo anche città ordinarie potevano talvolta per motivi particolari essere investite di una giurisdizione subordinata sopra i natii[31].

701. Ma di sopra a tutte queste giurisdizioni sorgeva, giudice supremo, l'imperatore, che nei varii poteri a lui decretati trovò quello di seder pubblicamente in tribunale[32], di decidere le cause inviategli dalle provincie[33], e di ricevere appellazioni da tutto l'impero[34]. Egli o giudicava da sè col suo consiglio[35], o delegava a giudice il senato[36] o un maestrato, od un particolare[37].

702. Nell'età successiva a Costantino, e conformemente alla costituzione allora invalsa, la gerarchia giudiziaria era qual segue. In Roma i pretori avevano

(28) Un esempio in fatto di questione di confini si ha in Boeckh *inscr. græc.* T. I. n. 1732.

(29) Ne è prova Atene, Boeckh *inscr. græc.* T. I. n. 355; Tacit. *ann.* II. 55.

(30) L'estensione del detto nelle note 9-12 alle città civiche nelle provincie è appoggiata alla più rigorosa analogia. Altra e miglior prova n'è la menzione del preside nel *fr.* 4. pr. § 3. 4. D. *de damno infecto* (39. 2). L'opinione che vuol restringer ciò alle città insignite del *ius Italicum* si connette a quella stata combattuta nel § 301.

(31) In Alessandria almeno vi era un archidicaste, Strabo XVII. 1. § 7. p. 797. Casaub.

(32) Vedi § 258. nota 88.

(33) Ne dà un esempio Fronto *epist. ad Marcum* II. 15.

(34) Vedi § 258. nota 89-92.

(35) Vedi § 259.

(36) Capitol. *M. Antonin.* 10.

(37) Paul. *sent. rec.* V. 5a. § 1; *fr.* 3. D. *quis a quo appell.* (49. 3). Esempi di ciò nelle provincie si trovano in Orelli *inscr.* T. II. n. 367. 4031; Boeckh *inscr. græc.* T. I. n. 1711.

ancora giurisdizione [38]; e così quelli di Costantinopoli; ma sì gli uni che gli altri si limitavano a conoscere sopra date materie [39]. Imperò la giurisdizione normale nelle due metropoli apparteneva al prefetto civico, e con esso al vicario della città [40]. Nelle altre contrade del regno, sì italiche che provinciali, era propria del rettore di ciascuna provincia, che da ciò si appellava *iudex ordinarius* o *iudex* senza più [41]. Nelle provincie governate direttamente da proconsoli, costoro e i loro legati avevano naturalmente per sè la giurisdizione [42]. Il simile è a dirsi dei pretori o proconsoli novellamente creati da Giustiniano [43]. Ma i conventi erano cessati, e ciascuno doveva andare al tribunale della metropoli [44]. Ad agevolare però la bisogna, i rettori avevano sotto di sè certe persone, probabilmente avvocati, alle quali potevano commettere la decisione delle cause di poca entità [45]. Del resto i maestrati municipali avevano tuttora una giurisdizione limitata [46], e nelle città che ne erano sprovviste i difensori avevano una giurisdi-

(38) Symmach. viii. 21. x. 39.

(39) C. 16. C. Th. *de prætor.* (6. 4), c. 1. C. J. *de off. prætor.* (1. 39), c. 18. C. J. *de præd. minor.* (5. 71).

(40) Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 7.

(41) C. 1. 5. 6. 9. 11. C. Th. *de off. rector.* (1. 16).

(42) C. 1. 3. C. Th. *de off. procons.* (1. 2).

(43) *Nov.* 24. *c.* 4; *nov.* 25. *c.* 5; *nov.* 27. *c.* 2; *nov.* 28. *c.* 3, *nov.* 30. *c.* 9.

(44) Vedi § 370.

(45) Costoro si chiamavano *iudices pedanei*, *c.* 2. 5. C. *de pedan. iudic.* (3. 3). Vedi sopra questo punto assai controverso Bethmann-Hollweg § 13.

(46) C. 1. 3. C. Th. *de repar. appell.* (11. 31). Ce ne dà pure una prova l'essere stati ricevuti nelle Pandette i passi citati nelle note 9. 12.

zione sino ai cinquanta solidi[47], che poi fu portata da Giustiniano a trecento[48].

703. L'influenza dell'imperatore sulla cosa giudiziaria aveva in quest'epoca preso forme più precise. Egli sen poteva ingerire in tre casi, cioè quando alcuno aveva a lui appellato, quando un funzionario pubblico lo aveva consultato sopra un punto di diritto, o quando un privato lo aveva supplicato di voler dare direttamente una decisione. In questi casi, se l'imperatore se ne occupava personalmente, la causa era trattata nel consistorio col ceremoniale appositamente prescritto[49], e qualche volta in presenza del senato[50]. Nelle appellazioni però ciò avveniva più raramente, perchè l'imperatore aveva ora delegato la sua giurisdizione ai prefetti della città, ai prefetti del pretorio ed altri ufficiali superiori, talchè anco delle appellazioni avevano costoro a conoscere *vice sacra*. Questi tribunali si chiamavano *sacra auditoria*, e vi si procedeva col ceremoniale del consistorio imperiale[51].

704. Del resto anche ora erano sorte varie giurisdizioni speciali per ragione e di materia e di persona. Fra quelle della prima specie venivano le seguenti. Nelle cose dell'erario i prefetti del medesimo avevano altresì a decidere le controversie relative a tale amministrazione[52]. Nelle cose del

(47) C. 1. 3. C. *de defens.* (1. 55). Cfr. § 372.
(48) *Nov.* 15. c. 3. § 2.
(49) Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 10.
(50) Vedi § 350.
(51) Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 3. 10.
(52) Sueton. *Nero* 17, *fr.* 8. § 19. D. *de transact.* (2. 15), *fr.* 12. D. *de his quae ut indign.* (34. 9), *fr.* 42. pr. D. *de iure fisci* (49. 14).

fisco un senatoconsulto del regno di Claudio conferì la giurisdizione ai procuratori imperiali delle provincie [53]. Sotto Nerva si creò in Roma un pretore apposito [54]. Nella costituzione ulteriore le controversie in cui era interessato il tesoro od i beni della corona si conoscevano dal rispettivo ragioniere [55], dal quale si appellava all'imperatore [56], od a quel funzionario, cui l'imperatore aveva delegato un tal diritto, e di regola al comite del tesoro o dei beni della corona [57]. In Roma l'appellazione andava dal ragioniere della città al prefetto [58]. Le parti del fisco erano in questi giudizi sostenute da un suo avvocato, il cui impiego, dappoi Adriano, fu fatto permanente e provvisionato [59]. Le controversie insorgenti in fatto d'annona si giudicavano dai prefetti di questa [60]. Finalmente da poi Costantino lo Stato riconobbe eziandio e tutelò nei vescovi cristiani una doppia giurisdizione: l'una per le cose riguardanti la religione;

(53) TACIT. *ann.* XII. 60; SUETON. *Claud.* 12, *fr.* 9. pr. D. *de off. procons.* (1. 16), *c.* 2. 3. C. *ubi causæ fisc.* (3. 26). In addietro appartenevano ai tribunali ordinarii, DIO CASS. LVII. 23.

(54) *Fr.* 2. § 32. D. *de orig. iur.* (1. 2), PLINIUS *paneg.* 36.

(55) *C.* 41. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 5. C. *ubi causæ fisc.* (3. 26), *c.* 5. C. *ubi causa status* (3. 22).

(56) *C.* 18. C. Th. *de appell.* (11. 30).

(57) *C.* 21. 28. 45. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 3. C. Th. *de off. comit. largit.* (1. 10), *c.* 13. C. Th. *de iure fisci* (10. 1). Un cangiamento si operò dalla *c.* 41. C. Th. *de appell.* (11. 30). Ma non fu adottato da Giustiniano nella *c.* 4. C. *de advoc. fisci* (2. 9).

(58) *C.* 49. C. Th. *de appell.* (11. 30), SYMMACH. *epist.* X. 62.

(59) SPARTIAN. *Hadrian.* 20, *Antonin. Geta* 2, *fr.* 3. D. *de his quæ in testam.* (28. 4), *fragm. de iure fisci* § 17, *tit.* C. *de advoc. fisci* (2. 9).

(60) CASSIODOR. *var.* VI. 18, *c.* 4. C. Th. *de appell.* (11. 30). Cfr. § 276, nota 13.

l'altra per le cose civili ordinarie, che a quelli si deferivano spontaneamente, come a giudici decisivi [61]. Lo stesso diritto fu però attribuito ai giudei e loro patriarchi [62].

705. Le giurisdizioni speciali per ragion di persona erano più ancora svariate. I senatori dappoi Costantino avevano il loro foro presso il prefetto di città [63], lo che sebbene modificato più tardi in ordine ai senatori domiciliati nelle provincie [64], l'esecuzione però della sentenza doveva sempre impetrarsi dal prefetto [65]. I dicasteriali sottostavano al maestrato cui erano addetti [66]; i palatini di grado sì maggiore che minore al maestro dei dicasteri [67]; i coloni e schiavi dei beni della casa imperiale al *comes domorum* anche nelle cause criminali [68]; quelli dei beni demaniali e patrimoniali al *rationalis rei privatæ*, ristrettivamente però alle cause di ragion civile [69]. Le azioni contro soldati appartennero ai giudici ordinarii sino al quinto secolo; nel qual tempo una simile giurisdizione fu conferita ai dignitari dell'armata, ossia al *magister militum*, al *dux* o *comes*, secondo la divisione militare in cui stava il giudicabile; i *duces* e *comites* vennero subordinati ai *magistri militum*, e

(61) Vedi Walter *Kirchenrecht* § 181. 182.
(62) *C.* 10. C. Th. *de iurisd.* (2. 1).
(63) *C.* 1. C. Th. *de accusat.* (9. 1), *c.* 4. C. Th. *de iurisd.* (2. 1), Symmach. *epist.* x. 69.
(64) *C.* 2. C. *ubi senator.* (3. 24). Stando a questa costituzione, la *c.* 1. *eod.* è interpolata.
(65) *C.* 11. C. Th. *de off. præf. urb.* (1. 6).
(66) *C.* 2. C. *de off. magist. milit.* (1. 29), *c.* 5. C. *de apparit. magistr. milit.* (12. 55).
(67) Vedi § 343. nota 64.
(68) *C.* 11. C. *ubi causæ fiscal.* (3. 26). Cfr. § 391.
(69) *C.* 7. 8. C. *ubi causæ fiscal.* (3. 26), *c.* 2. C. Th. *de off. comit. rei priv.* (1. 11), *c.* 1. 11. C. Th. *de iurisd.* (2. 1).

quelli delle terre di confine al maestro dei dicasteri. L'appellazione dai *duces*, come dai *magistri militum*, si portava direttamente all'imperatore [70]. Finalmente i chierici ed ordinati ebbero da Giustiniano privilegio di foro innanzi ai vescovi, i vescovi innanzi ai loro superiori [71].

706. Comune in certo modo a tutte le corti giudiziarie fu l'instituto degli assessori [72]. Già sotto la repubblica si era per necessità introdotta l'usanza, che il maestrato pigliasse al suo fianco nell'esercizio della giurisdizione uomini periti di legge quai consiglieri [73]. Sotto gli imperatori quest'uso venne ridotto a sistema. La scelta degli assessori rimase in balia dei maestrati; ma dappoi il secolo terzo ebbero quelli una provvisione fissa [74], ondechè ne venne anche fissato il numero per ogni tribunale. Questo servizio era quello ordinariamente in cui si pigliava dimestichezza colla pratica, per poi salire ad impieghi statuali. Perciò le loro occupazioni erano di vario genere [75]. Essi erano talvolta adoperati per consiglio ed in informazioni parziali, ma giammai nella decisione totale [76]. Il maestrato non era vincolato al loro parere; ma se un consulto o ragguaglio da essi dato lo conduceva ad una falsa sentenza, la responsabilità cadeva sopra di loro [77].

(70) Vedi Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 8.
(71) Vedi Walter *Kirchenrecht* § 183.
(72) Questo punto è stato per intiero chiarito da Bethmann-Hollweg il primo *Röm. Gerichtsverf.* § 14. Vedi anche Dirksen *scriptores historiæ Augustæ* p. 206-216.
(73) Vedi § 134. nota 177. § 227. nota 101. 106. § 370. nota 40.
(74) Spartian. *Pescenn. Niger* 7; Lamprid. *Alex. Sever.* 46.
(75) *Fr.* 1. D. *de off. adsessor.* (1. 22).
(76) *Nov.* 60. c. 2; *nov.* 82. c. 2., c. 2. C. *de assessor.* (1. 51).
(77) *Fr.* 2. D. *quod quisque iuris* (2. 2).

CAPITOLO IX.

PROCEDURA DELL'ETÀ IMPERIALE.

707. Nella procedura si tenne dietro alla forma antica, lasciando al maestrato l'introdurre la causa, e al giudice il maturarla. Così facevano anche il prefetto di città, quello del pretorio [1], i presidi e legati delle provincie [2]. Se non che col carattere vago ed arbitrario della vita pubblica s'introdussero varie deviazioni dall'ordine antico; prima nel giudice, la cui nomina si devolse all'imperatore [3], poi anche in altre parti; e da ciò nacque la distinzione tra *iure ordinario agere* e le cognizioni straordinarie [5] o persecuzioni [5]. Le quali ultime avevano luogo allorchè il diritto d'azione non derivava nè dal gius civile, nè dall' editto, ma da una disposizione straordinaria dell'imperatore [6], onde l'autorità non sentenziava come maestrato, ma in via e per attributo straordinario [7]. I casi di questa specie erano divenuti a poco a poco numerosissimi [8]. La procedura lor relativa non si

(1) *Fr.* 12. § 1. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 1. pr. D. *quis a quo appell.* (49. 3).
(2) *Fr.* 7. 8. D. *de off. præsid.* (1. 18).
(3) *Fr.* 1. § 4. D. *a quib. appell.* (49. 2), *c.* 5. C. *de iudic.* (3. 1).
(4) Sueton. *Tiber.* 31. *Claud.* 15.
(5) *Fr.* 178. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16), Gajus ii 178.
(6) *Fr.* 7. D. *de l. Cornel. de fals.* (48. 10).
(7) *Fr.* 7. § 2. D. *de off. procons.* (1. 16).
(8) *Fr.* 5. pr. D. *de extr. cogn.* (50. 13). Ne sono d'esempio le azioni sui fedecommessi, *fr.* 178. § 2. D. *de verb. sign.* (50. 16), Gajus ii. 278; § 1. J. *de fideicomm.* (2. 23), contro i pubblicani, Tacit. *ann.* xiii. 51, sopra gli onorarii per servizi prestati e simili, *fr.* 1. 4. D. *de extr. cogn.* (50. 13).

connetteva nè alle epoche conventuali [9], nè alla concezione di formole [10]; onde non si dava giudice, ma tutto faceva da se il maestrato [11]. La stessa citazione poteva emanar per diretto dal tribunale [12]. Se il citato non compariva, lo si evocava tre volte nel modo ordinario, e la causa era quindi proseguita malgrado la sua assenza, e data sentenza [13].

708. Di questa maniera il popolo si avvezzò sempre più a veder le liti trattate e risolte dal solo maestrato senza intervento di giudice. Diocleziano finalmente eresse il fatto a regola [14]. Vero è che per modo di eccezione si permetteva talvolta ai governatori di deferire le cose di picciol momento a *iudices pedanei* [15], e che tutte le autorità, compreso l'imperatore, continuarono e frequentemente delegarono le cause a un giudice [16], al qual effetto Zenone e Giustiniano crearono benanco in Costantinopoli collegi giudiziali permanenti, cui si commetteva in un dato caso la decisione [17]. Senzachè le parti potevano

(9) THEOPHIL. III. 12. pr.

(10) *Fr.* 47. § 1. D. *de negot. gest.* (3. 5), ULPIAN. XXV. 12; GAJUS II. 278.

(11) *Fr.* 8. 9. D. *de off. præsid.* (1. 18).

(12) *Fr.* 1. § 1. D. *de fer.* (2. 12), *fr.* 1. § 2. 3. D. *de insp. ventre* (25. 4).

(13) Vedi § 696. La distinzione proposta da BETHMANN-HOLLWEG *Röm. Gerichtsverf.* § 27, che nella processura ordinaria la citazione si facesse per denunciazioni, nella straordinaria per editti, è confutata dal *fr.* 26. § 9. D. *de fideic. libert.* (49. 5).

(14) C. 2. C. *de pedan. iudic.* (3. 3).

(15) C. 2. 5. C. *de pedan. iudic.* (3. 3). Vedi § 702.

(16) C. 2. C. *de pedan. iudic.* (3. 3), *c.* 3. C. *ubi et apud quem* (2. 47), *c.* 14. 16. 18. C. *de iudic.* (3. 1), *nov.* 53. *c.* 4. pr.

(17) Costoro si chiamavano anche *iudices pedanei*, *nov.* 82. *c.* 6. pr. C. *de advoc. div. iudic.* (2. 8), *c.* 27. C. *de procur.*

tuttora, come anticamente, ricusare senz'altro il giudice delegato, e scegliere di per se uno o più arbitri [18]. Ma codesti *iudices pedanei*, commissari ed arbitri non erano stretti come prima ad una formola, nè quanto al maneggio della causa correva tra essi e il maestrato effettivo alcun divario. Quindi il procedimento era in tutti i casi straordinario [19]. Del resto anche le autorità avevano pel disimpegno delle cose forensi i loro assessori [20], e di tali se ne incontrano pure appo i giudici delegati [21].

709. In ordine all'apertura della causa, fin dal regno di Marco Aurelio s'introdusse la nuova usanza di citare, oltre al vadimonio [22], per semplice denunciazione dell'azione voluta intentare [23]. Ma giusta un decreto di Costantino doveva questa aver luogo davanti al preside d'una provincia, od altrimenti ad un'autorità che avesse il diritto di pubblica instrumentazione [24]. Questa forma divenne allora fuori dubbio usanza generale. Dopo un termine dalla legge fissato e calcolato dal giorno di quella denunciazione, incominciavano gl'incumbenti al tribunale [25]. Siccome

(2. 13), JOANN. LYDUS *de magistr.* III. 65. Vedi in proposito BETHMANN-HOLLWEG *Röm. Gerichtsverf.* § 13.

(18) *Arbitri*, c. 14. 16. 18. C. *de iudic.* (3. 1).

(19) § 8. J. *de interdict.* (4. 15), pr. J. *de success. sublat.* (3. 12).

(20) Vedi in proposito § 706.

(21) *Nov.* 60. c. 2; § 2, *nov.* 82. *c.* 1. § 1.

(22) Che ciò fosse ancora permesso, lo si ricava da Paolo nella *Collat. leg. Mos.* II. 6.

(23) AUREL. VICTOR *de Cæsar.* 16. Un'opinione tutta propria ha in ciò ASVERUS *die Denunciation der Römer*. Leipzig 1843. Egli vuol rannodare questa denunciazione alla *legis actio per condictionem*.

(24) *C.* 2. C Th. *de denunt.* (2. 4).

(25) *C.* 4. C. Th. *de denunt.* (2. 4), SYMMACH. *epist.* X. 52.

però questo modo d'introduzione non toglieva le inutili lungherie, certe azioni ne furono esentate, in guisa che le pratiche s'aprivano e maturavano immediatamente senza preventiva denunzia, presso il giudice a cui apparteneva la causa [26]. Più tardi le denunciazioni caddero totalmente in disuso [27]. In allora la causa incominciava sempre colla presentazione giudiziale di un libello firmato dall'attore, e contenente una breve narrazione del titolo e oggetto dell'azione [28], il quale veniva dal tribunale presentato al convenuto per mezzo di un esecutore [29] e con citazione orale o scritta [30]. A quest'atto si applicarono le massime del diritto antico sulla citazione ed edizione (*editio*) dell'azione [31]. Il convenuto doveva produrre dopo un dato termine concessogli a deliberare una dichiarazione scritta di ricevuta [32], e dar malleveria di comparizione in giudizio e prossecuzione dell'istanza, ordinariamente per fideiussori, ma secondo le circostanze per promessa giurata od anche semplice [33]. All'incontro per l'adempimento del giudicato, se si procedeva in proprio nome, non si dava più cauzione [34]. In difetto di sufficiente malleveria

(26) *C.* 6. C. Th. *de denunt.* (2. 4).
(27) Nelle collezioni di Giustiniano non se ne parla più.
(28) *Consult. vet. Juriscons. c.* 6; *c.* 3. C. *de ann. except.* (7. 40).
(29) § 24. J. *de act.* (4. 6).
(30) *C.* 17. § 1. C. *de dignit.* (12. 1), *nov.* 123. *c.* 8.
(31) § 3. J. *de pœn. temere litig.* (4. 16), *c.* 4. C. *de in ius voc.* (2. 2).
(32) *Nov.* 53. *c.* 3; *c. un.* C. *de his qui potent. nom.* (2. 15).
(33) *Nov.* 53. *præf. c.* 3. pr. § 2; § 2. J. *de satisd.* (4. 11), *c.* 4. § 1. C. *de sportul.* (3. 2), *c.* 17. C. *de dignit.* (12. 1), *c.* 25. § 1 *c.* 33. § 3. C. *de episc.* (1. 3). A ciò si riferì ora il *tit.* D. *qui satisdare* (2. 8).
(34) Pr. § 1. 2. J. *de satisdat.* (4. 11). Vedi § 695.

l'esecutore doveva provvedere alla custodia ed esibizione personale del convenuto [35]. Tutte le altre cose riguardanti l'introduzione delle parti e l'apparecchio della causa costituivano un ramo di cancelleria [36].

710. Nel termine prefisso l'attore produceva la sua azione in disteso. Avendo Costanzio abolito le formole, non era più caso di proposizione d'una formola [37]. Quindi la proposta dell'attore si riferiva per diretto al modo in cui il giudice aveva a conoscere. Ma in fatto le antiche distinzioni e denominazioni delle azioni sopravvivevano nella massima parte; ed anzi della concezione delle formole rimase un incumbente preparatorio detto impetrazione dell'azione, il quale non fu abolito che da Teodosio secondo [38]. Se il convenuto ammetteva l'azione senza restrizione, avevano luogo gli effetti della confessione giudiziale [39]. Ma s'ei la contraddiceva, quest' atto si considerava come l'incominciamento proprio di lite, ed a questo momento si annodavano presentemente il nome e gli effetti dell'antica contestazione di lite [40]. Il concetto delle eccezioni, replicazioni e duplicazioni si mantenne tal quale; ma la concezione di una formola non faceva più al caso, nè più le eccezioni dilatorie producevano

(35) *C.* 1. C. *de sportul.* (3. 2). Statuiscono eccezioni *c.* 6. C. *de medic.* (10. 52), *nov.* 134. *c.* 9, *nov.* 151. *c.* 1.

(36) *C.* 7. C. Th. *de off. rect. prov.* (1. 16), *c.* 7. § 6. C. *de advoc. div. iud.* (2. 8), *nov.* 82. *c.* 7. § 1. A ciò si riferiva particolarmente l'*Ab actis*, JOAN. LYDUS *de magistr.* III. 20.

(37) *C.* 1. C. *de formul.* (2. 58).

(38) *C.* 2. C. *de formul.* (2. 58).

(39) Ciò mostrano il *tit.* Dig. XLII. 2; Cod. VII. 59.

(40) *C. un.* § 1. C. Th. *de act. certo temp. fin.* (4. 14), *c.* 14. § 1. C. *de iudic.* (3. 1). In questo senso fu interpolata la *c. un.* C. *de lit. cont.* (3. 9). Vedi § 684. nota 1.

la perdita dell' azione[41]. Le pratiche si passavano così in dicerie e controdicerie orali, che si protocollavano dai dicasteriali[42], colla direzione e cooperazione assidua del giudice anche nel processo probatorio, finchè la causa era abbastanza instruita[43]. I testimoni denominati si precettavano dai dicasteriali[44], e per decreto di Costantino si facevano giurare prima dell' audizione[45], dopo di che in presenza delle due parti si escutevano[46], sen registravano i detti[47], e il verbale si comunicava alle parti[48]. Trattandosi di scritture, tutto in sostanza si riduceva alla prova della loro sincerità, la quale si forniva anzitutto per via della ricognizione di quelle persone che ci avevano preso parte[49]. L'autenticità risultava per l'ordinario dalla firma di sette testimoni[50]. Più tardi s'adoperarono nella compilazione di scritture i tabellioni, che a questo fine avevano stazioni sui pubblici mercati delle città[51].

711. In ordine alla sentenza era di presente voluto a pena di nullità, che si mettesse in iscritto e si

(41) § 10. J. *de except.* (4. 13).

(42) Joan. Lydus *de magistr.* III. 20. 27; c. 32. § 2. C. *de appell.* (7. 62).

(43) C. 1. C. Th. *de iudic.* (2. 18).

(44) Symmach. *epist.* x. 48.

(45) C. 9. pr. C. *de testib.* (40. 20). Quanto al diritto anteriore vedi § 695.

(46) C. 19. C. *de testib.* (4. 20), c. 18. C. *de fide instrum.* (4. 21), *nov.* 90. c. 9.

(47) C. 20. C. *de testib.* (4. 20), *nov.* 90. c. 3. 5. 6.

(48) *Nov.* 90. c. 4.

(49) Vedi Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 24.

(50) Mommsen *de collegiis* p. 105, Huschke nella Savigny *Zeitschrift* XII. 194.

(51) C. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21), *nov.* 44. *nov.* 73. c. 2. 5 (7. 8). Vedi Bethmann-Hollweg § 17.

recitasse sulla carta[52]. Dopo questo la si trascriveva nel libro giudiziario, si firmava dal giudice, e se ne dava alle parti una copia in bello unitamente ad un appuntodegli atti[53]. Nell'Oriente dappoi Arcadio fu ai governatori provinciali data facoltà di stendere la sentenza in lingua greca [54]. Ma in Costantinopoli l'uso del latino non cessò che a' tempi di Giustiniano [55]. La sentenza non doveva più di rigore pronunciare in danaro, ma poteva, trattandosi di una cosa, pronunciare sopra questa medesima [56]. Ma con ciò non era incompatibile un pronunciato anteriore all'amichevole; onde vigeva tuttora la distinzione delle *arbitrariæ actiones* [57]. Nei casi difficili il giudice poteva, in luogo di giudicar da sè, invocare la decisione dell'imperatore[58]; ed in allora, chiuse le pratiche, mandava da uno de' suoi dicasteriali gli atti unitamente alla sua relazione o consultazione ed alle confutazioni delle parti [59]. La decisione era commessa ad una commissione composta del questore di palazzo e di due altre persone illustri [60], e inviata al giudice in forma di rescritto imperiale. Ma più tardi Giustiniano vietò del tutto simili consultazioni [61].

(52) *C.* 2. 3. C. *de sentent. ex peric. recit.* (7. 44), *c.* 1. 2. 3. C. Th. *de sentent. ex peric. recit.* (4. 17).
(53) Joan. Lydus *de magistr.* iii. 11.
(54) *C.* 12. C. *de sentent. et interloc.* (7. 45).
(55) Joan. Lydus *de magistr.* ii. 12. iii. 11. 20. 42.
(56) § 32. J. *de act.* (4. 6), *c.* 17. C. *de fideic. libert.* (7. 4).
(57) Vedi § 688.
(58) *C.* 1. C. Th. *de relat.* (11. 29), *c.* 55. C. Th. *de appell.* (11. 30). Vedi § 701. 703.
(59) *C.* 5. C. Th. *de relat.* (11. 29), *c.* 1. 8. 24. 29. 31. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 1. C. J. *de relat.* (7. 61), *nov.* 82. *c.* 14. Ne porgono esempi Symmach. *epist.* ii. 30. x. 39. 50.
(60) *C.* 34. C. *de appell.* (7. 62).
(61) *Nov.* 125.

712. Se il convenuto si era tenuto nascosto prima della citazione [62], od in appresso, malgrado la sicurtà prestata, non si era costituito per dar principio alla causa [63], o si era sottratto alla sua continuazione [64], questa, dopo tre citazioni a domicilio [65], aveva il suo corso anche senza di lui, e se la sentenza gli tornava contraria, si dava l'immissione nei beni [66], o trattandosi di azione reale, il possesso della cosa [67].

713. In luogo però di battere la via ordinaria, era permesso a' litiganti di volgersi direttamente all'imperatore. Ciò si faceva con un libello di supplicazione [68], la cui semplice presentazione traeva seco gli effetti della contestazione di lite [69]. Ma il più delle volte l'imperatore non studiava la causa da sè, ma assegnava l'attore con un rescritto compilato dal questore e da lui sottosegnato [70] al giudice ordinario o ad uno delegato. L'attore doveva presentar questo rescritto col libello al giudice, il quale comunicava poi l'uno e l'altro all'avversario [71]. Finchè la denunciazione di lite fu in uso [72], l'edizione del rescritto fu

(62) C. 1. C. *quor. appell.* (7. 65), c. 9. C. *de bon. auct. iud. possid.* (7. 72).

(63) C. 1. C. *quor. appell.* (7. 65), *nov.* 53. c. 4. § 1, *nov.* 69. c. 3. pr.

(64) C. 13. § 3. C. *de iudic.* (3. 1).

(65) Vedi § 696. 707.

(66) Vedi le note 62. 63. 64.

(67) C. 8. § 3. C. *de præscr. trig. ann.* (7. 39).

(68) C. 8. C. *de precib. imperat. offer.* (1. 19).

(69) C. 10. C. Th. *de divers. rescr.* (1. 2), c. 1. C. *quando libell.* (1. 20).

(70) C. 6. 7. C. *de divers. rescr.* (1. 23).

(71) C. 2. C. Th. *unde vi* (4. 22), c. *un.* § 1. C. Th. *de act. certo temp.* (4. 14), *nov.* 112. c. 3. pr.

(72) Vedi nota 23-27 *supra*.

quella che regolò la relativa prefissione di termine [75]. Il rimanente si passava nel modo ordinario.

714. Una mutazione che invase tutte le parti di una causa fu da ultimo l'introduzione di sportule pei dicasteriali. Costantino, a dir vero, aveva severamente vietato quest'abuso sorto ab antico nelle provincie [74]; ma dappoi il secolo quinto convenne contentarsi di porre con tasse fisse un limite ad arbitrii maggiori. Furonvi allora sportule legali per l'insinuazione e citazione [75], per l'apertura degli incumbenti, per la redazione e comunicazione degli atti [76], pe' *iudices pedanei* [77], ed altro. Alcune persone avevano tuttavia il privilegio di pagar nulla [78] o meno [79], e ciò tornava pure a vantaggio del loro avversario [80]. Parimenti nelle cause di picciol valore [81], e nelle azioni contro ecclesiastici in foro ecclesiastico [82] si procedeva, a risparmio principalmente di stipendi cancellereschi, senza scrittura, con citazioni meramente orali ed un'annotazione (*adnotatio*) sommaria degli atti e della sentenza.

(73) C. 4. 5. C. Th. *de denunt.* (2. 4), SYMMACH. *epist.* X. 39.
(74) C. 7. C. Th. *de off. rect. prov.* (1. 16).
(75) THEOPHIL. IV. 6. § 24, c. 29. § 1. 3. C. *de episc. aud.* (1. 4).
(76) C. 12. § 1. C. *de proxim.* (12. 19), c. 4. C. *de castrens.* (12. 26).
(77) *Nov.* 82. c. 7. 9.
(78) C. 7. § 6. C. *de advoc. div. iud.* (2. 8), *nov.* 123. c. 28.
(79) C. 25. § 2. c. 33. § 5. C. *de episc.* (1. 3). Vedi anche nota 76.
(80) C. 6. C. *de fruct.* (7. 51), c. 12. § 4. C. *de proxim.* (12. 19).
(81) C. 3. § 4. C. *de privil. schol.* (12. 30), *nov.* 17. c. 3, *nov.* 28. c. 3, *nov.* 82. c. 5; JOAN. LYDUS *de magistr.* III. 15.
(82) *Nov.* 83. *præf.* pr.

CAPITOLO X.

ESECUZIONE.

715. Coll'emanazione della sentenza la parte del giudice era finita. I provvedimenti per l'esecuzione formavano un ramo nuovo di pertinenza del maestrato fornito d'imperio. Secondo il diritto delle dodici tavole il condannato aveva per eseguir la sentenza il termine di trenta giorni [1], trascorso il quale l'avversario poteva tradurlo in giudicio e proporre la *legis actio per manus iniectionem*. Di che nasceva che, se il convenuto non dava a vindice un uomo abbiente, l'attore poteva senz'altro trarlo con se, e incatenarlo [2], un qual rigore fu alquanto dalla legge Petelia temperato (A. 429)[3]. Egli era così guardato per sessanta giorni, duranti i quali si bandiva pubblicamente per tre mercati il nome suo e l'ammontare del debito. Se questo bando tornava infruttuoso, lo si poteva uccidere o vendere all'estero [4]. Un tal procedere si usava non solo per debiti di danaro, ma per ogni qualità di condanna [5], e così anco per quelle a consegna di una cosa o ad altra prestazione personale [6]. Con questo mezzo coercitivo che l'attore aveva sulla persona diventava superflua l'esecuzione sui beni per decreto di maestrato, il quale,

(1) Gellius xv. 13. xx. 1.
(2) Gellius xx. 1; Gajus iv. 21. 25.
(3) Vedi § 583 *supra*. Questo punto è ben trattato da Bachofen *Nexum* p. 104.
(4) Gellius xx. 1.
(5) *Rebusque iure iudicatis*, Gellius xx. 1. Tutt'altra opinione porta Savigny (§ 583, nota 17). Ma vedi in contrario Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 28. 29; Puchta *Institutionen* ii. p. 213; Bachofen *Nexum* p. 129-138.
(6) Gajus iv. 48.

sebbene avesse anche potuto far uso del diritto di staggina annesso al suo imperio, in antico però non se ne trova esempio [7].

716. Il principio di lasciare l'esecuzione in mano dell'attore si mantenne anche nel diritto pretoriano, salvochè in luogo della persona poteva quegli agire direttamente sui beni [8]. Ciò è, che se il condannato non ottemperava entro il termine prefisso [9] alla sentenza, l'attore poteva implorare dal maestrato [10] un decreto, che lo immetteva, occorrendo, coll'aiuto dei servienti del tribunale [11] in tutto l'avere del debitore [12], e gli dava così, tutelato da un interdetto speciale [13], un compossesso nei beni ad oggetto di cu-

(7) È questa una via di mezzo tra Savigny (*Zeitschrift* xi. 66-68), e Bethmann-Hollweg § 30. Il primo sostiene che questo mezzo d'esecuzione era in uso ab antico; ed il secondo nega la possibilità del fatto.

(8) Stando all'editto di cui parla Livius ii. 24 sembra, che ciò si concedesse fin dalla prima età. Ma quest'editto non si riferì che ai *nexi*, pei quali venisse, mentre erano in campo, il giorno della scadenza, e li protesse stabilendo che i creditori non potessero in tal caso avvinghiarli. Un'altra spiegazione ne dà Puchta *Institutionen* ii. 215.

(9) Gajus iii. 78, *fr.* 2. 4. § 5. *fr.* 7. 29. 31. D. *de re iudic.* (42. 1).

(10) *Fr.* 15. pr. § 1. D. *de re iud.* (42. 1). I maestrati municipali però non avevano questo diritto, ed in Italia non era proprio che del pretore, nelle provincie dei governatori, *lex Rubria c.* 21. 22; *fr.* 26. D. *ad munic.* (50. 1), *fr.* 4. D. *de iurisd.* (2. 2).

(11) *Fr.* 3. pr. D. *ne vis fiat* (43. 4), *fr.* 5. § 27. D. *ut in poss. legat.* (36. 4).

(12) *Missio in possessionem rei servandæ causa*, *fr.* 1. D. *quib. ex caus. in poss. eatur* (42. 4). Il decreto valeva anche pei fondi situati in altra provincia, Cic. *pro Quint.* 6. 7. 25.

(13) *Fr.* 1. pr. § 1. 2. D. *ne vis fiat ei* (43. 4).

stodirli[14], un diritto pretoriano di pegno[15], e la facoltà di mettere gli effetti in vendita nella forma che più innanzi descriveremo[16]. Codesto decreto non si domandava già nell'antica forma della *manus iniectio*, ma con un'azione ordinaria in virtù dell'obbligazione nascente dal giudicato[17]; la quale non ammetteva in contrario, come per l'addietro, che una difesa assai limitata[18], e previa cauzione[19]; al che è da aggiungere che la dinegazione del giudicato traeva seco la pena del doppio[20]. La suddetta esecuzione per immissione colpiva eziandio l'assente, o chi si teneva celato, o trascurava il vadimonio, o si rifiutava di rispondere davanti al pretore[21].

717. Sotto gl'imperatori finalmente, e, come sembra, in occasione delle cognizioni straordinarie, s'introdusse una procedura esecutiva guidata direttamente dal maestrato. Ciò è, che in fatto di crediti pecuniarii egli poteva, trascorso il termine fissato[22], far staggire dai servienti di tribunale come pegni del creditore[23], alcuni stabili del debitore condannato[24], e non ri-

(14) Cic. *pro Quint.* 27, *fr.* 3. § 23. *fr.* 10. § 1. D. *de acquir. possess.* (41. 2), *fr.* 5. pr. D. *ut in possess. legat.* (36. 4).
(15) *Fr.* 26. D. *ne pign. act.* (13. 7), *fr.* 35. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).
(16) *Fr.* 6. § 1. 2. *fr.* 14. § 2. D. *quib. ex caus.* (42. 4).
(17) *Fr.* 3. § 11. D. *de pecul.* (15. 1), *fr.* 1. pr. D. *quæ sentent.* (49. 8).
(18) *Fr.* 56. D. *de re iud.* (42. 1), *fr.* 75. D *de iudic.* (5. 1), *fr.* 28. § 8. D. *de iureiur.* (12. 2).
(19) Gajus iv. 25. 102.
(20) Gajus iv. 9. 171; Paul. *sent. rec.* i. 19. § 1; Cic. *pro Flacco* 21.
(21) Vedi § 692. 694. 696.
(22) *Fr.* 31. D. *de re iud.* (42. 1), c. 9. C. *de exec. rei iud.* (7. 53).
(23) *Fr.* 15. pr. § 1. 2. 8. D. *de re iud.* (42. 1).
(24) *Fr.* 10. D. *qui potior.* (20. 4), c. 1. C. *si in causa iud.* (8. 23).

scattandoli costui entro due mesi, farli vendere [25], o se non si trovava compratore, aggiudicarli a un dato prezzo allo stesso creditore [26]. Oltrecciò, tuttavolta che il pronunciato del giudice recava la consegna di una cosa, venne permesso di farla portar via dai sergenti di tribunale [27]. Ciò nondimeno anche l'antica procedura esecutiva per immissione si mantenne, probabilmente a scelta del creditore, in uso, ed anzi il diritto pretoriano di pegno indi nascente fu da Giustiniano inforzato [28], colla sola differenza che il singolo creditore ebbe non più l'immissione nella totalità dei beni, ma in quel solo tanto che bastasse a soddisfarlo [29]. A quest'esecuzione si poteva venire anche contro di chi non si era presentato a far le sue difese; ma non più come prima per diretta conseguenza della contumacia, bensì nel solo caso che causa fosse stata continuata lui assente, ed emanata contraria sentenza [30]. Il fare i passi necessarii per l'esecuzione spettava esclusivamente al dicastero, ed a questo conveniva far capo [31]. Del resto per eccitare il condannato a spontanea soluzione Teodosio stabilì (A. 380), che in caso di non fatto pagamento entro due mesi, fosse lecito esigere interessi del 24 p. $^0/_0$ dal giorno della sentenza [32]. Questi due mesi furono

(25) *Fr.* 31. D. *de re iud.* (42. 1), *fr.* 50. D. *de evict.* (21. 2), *c.* 2. C. *si in causa iud.* (8. 23).
(26) *Fr.* 15. § 3. 6. D. *de re iudic.* (42. 1), *c.* 3. C. *si in causa iud.* (8. 23).
(27) *Fr.* 68. D. *de rei vind.* (6. 1). Cfr. § 688, nota 11.
(28) *C.* 2. C. *de praet. pign.* (8. 22).
(29) *C.* 6. § 3. 4. C. *de his qui ad eccles.* (1. 12), *nov.* 53 *c.* 4. § 1.
(30) Vedi § 712.
(31) JOAN. LYDUS *de magistr.* III. 11. 12.
(32) *C. un.* C. Th. *de usur. rei iudic.* (4. 19).

poi da Giustiniano prorogati a quattro, e il ventiquattresimo ridotto al dodicesimo [33].

718. Oltre all'esecuzione sui beni rimaneva però anche in uso tanto in Italia [34], che nelle provincie [35], e sotto gli stessi imperatori [36] fino agli ultimi tempi [37], la coercizione personale per addizione in servitù; nè più pei soli debiti a contanti, ma eziandio per altri casi; con questa sola differenza che i maestrati municipali, siccome del tutto incompetenti ad ordinare l'immissione nei beni, non potevano conoscere della riduzione in servitù che per ragion di debiti a danaro contante, e non oltre ad una data somma [38]. Finchè furono in uso le azioni di legge, codesta esecuzione si operava egualmente nella forma della *manus iniectio* [39]; più tardi con una semplice azione in giudicato. Ma la condizione dei debitori aggiudicati era attualmente mutata di molto. Essi non diventavano più schiavi effettivi [40], ma lavoranti forzati in saldo del loro debito con riserva dei diritti di ingenuità [41]; e la chiusura in carcere privato [42], come

(33) *C.* 2. 3. C. *de usur. rei iudic.* (7. 54).

(34) DIONYS. *fragm.* ed. Reisk. T. IV. p. 2338; LIV. XXIII. 14, *lex Rubria c.* 21. 22.

(35) PLUTARCH. *Lucull.* 20; CIC. *pro Flacco* 20. 21. Nell'Egitto però la coazione corporale per debiti era ab antico vietata, DIODOR. I. 79, e questo privilegio fu pur lasciato al paese da una costituzione imperiale, come attesta l'editto di Tiberio Alessandro.

(36) SENECA *de benef.* III. 8; GELLIUS XX. 1; PAUL. *sent. rec.* V. 26. § 2; *fr.* 31. D. *de re iud.* (42. 1), *c.* 1. C. *qui bon. ced.* (7. 71).

(37) *C.* 8. C. *qui bonis* (7. 71), *nov.* 135. *c.* 1.

(38) *Lex Rubria c.* 21. 22. Cfr. nota 10.

(39) GAJUS IV. 25.

(40) GAJUS III. 189. 199.

(41) Vedi § 483.

(42) *C.* 1. C. *de privat. carc.* (9. 5), *c.* 23. C. *de episc. aud.*

anche l' estensione dell' obbligo del lavoro ai figli era vietato [43]. Del resto anche il fisco aveva contro i suoi debitori mezzi, e severissimi, di coercizione personale[44]; nè il rigore si temperava che a riguardo dei debiti d'imposta [45].

719. Se i creditori erano più, le dodici tavole davano loro il diritto di fare in pezzi il debitore aggiudicato; disposizione letterale, della cui applicazione non fu mai visto esempio[46]. A tenor dell'editto, se più avevano domandato l'immissione, il procedimento era lo stesso che per un solo. I beni cioè si occupavano per trenta giorni, o se il debitore era morto, per quindici [47], e duranti i medesimi si offerivano in vendita con tiletti (*libelli*) affissi ne' luoghi più frequentati della città [48]. Ciò serviva pure d'invito ad unirsi agli altri creditori [49]. Dentro questo termine il debitore od altri per lui poteva ancora coll'offrir di pagare o di supplire alle sue difese far recedere, dando però sigurtà[50], dall' immissione. Ma trascorso il tempo, i creditori eleggevano nel loro seno un sindaco (*magister*), che dopo un secondo termine [51]

(1. 4). Da ciò però non segue, che l'esecuzione personale consistesse negli ultimi tempi in una pubblica carcerazione.

(43) *C.* 12. C. *de obl. et act.* (4. 10), *nov.* 134. *c.* 7.

(44) *Fr.* 9. § 6. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13), c. 1. C. Th. *qui bon.* (4. 20), *c.* 4. C. Th. *de fisci debit.* (10. 16).

(45) *C.* 3. 7. C. Th. *de exact.* (11. 7).

(46) Gellius xx. 1; Dio Cass. *exc.* Mai. 12; Quintil. *inst. orat.* iii. 6. § 84; Tertull. *Apol.* 4.

(47) Gajus iii. 79.

(48) Cic. *pro Quint.* 6. 15. 19; Seneca *de benef.* iv. 12.

(49) Cic. *pro Quint.* 23, *fr.* 12. pr. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).

(50) Seneca *de benef.* iv. 12, *fr.* 33. § 1. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).

(51) Gajus iii. 79; Cic. *pro Quint.* 15, *ad Att.* i. 1. vi. 1, 12.

aggiudicava i beni a colui che aveva fatto a' creditori più larga offerta per cento [52]. A offerta pari aveva la preferenza un creditore, quindi il cognato del debitore [53]. Se la vendita s'indugiava, o così voleva l'interesse della massa, i creditori d' accordo col pretore nominavano un curatore [54]. Le alienazioni fraudolente coeve od anteriori all'immissione originarono l'azione pauliana a indennità, esercibile anche contro il debitore, quantunque rispetto a costui non valesse a produrre che esecuzione personale [55], e l'interdetto fraudatorio a restituzione [56]. Il compratore succedeva ne' beni come in una università [57], ma per diritto meramente pretorio [58]; e per giungere al possesso degli effetti aveva un proprio interdetto [59]. Nel resto, la sua proprietà era meramente pretoriana [60], e i crediti e debiti non passavano in lui direttamente, ma per mezzo dell' azione rutiliana o serviana [61]. Quindi a rigor di lettera il debitore non restava esonerato, e rifacendosi poteva venir azionato pel disavanzo [62]. Relativamente alla sua persona l'immissione e l'in-

(52) Theophil. iii. 12. pr.

(53) *Fr.* 16. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).

(54) *Fr.* 2. pr. § 1. D. *de curat. bon. dando* (42. 7), *fr.* 6. § 2. D. *quib. ex caus. in poss.* (42. 4), *fr.* 14. pr. D. *de reb. auth. iud.* (42. 5).

(55) *Fr.* 1. pr. *fr.* 10. pr. D. *quæ in fraud. credit.* (42. 8), § 6. J. *de act.* (4. 6).

(56) *Fr.* 25. § 7. D. *quæ in fraud. credit.* (42. 8), c. 6. C. *de revoc.* (7. 57).

(57) Gajus ii. 98. iii. 77.

(58) Theophil. iii. 12. pr.

(59) *Interdictum possessorium*, Gajus iv. 145.

(60) Gajus iii. 80.

(61) Gajus iii. 81. iv. 35. 144; Theophil. iii. 12. pr.

(62) Gajus ii. 155.

cantò dei beni fruttavano l'infamia [63]. La quale colpiva eziandio dopo morte, se il concorso si apriva sopra un'eredità, ma poteva essere dal defunto cansata col far erede uno schiavo, a nome del quale si operava la vendita [64]. Un altro effetto della patita immissione era di dover dare all'avvenire in qualunque piato una cauzione di esecuzione del giudicato [65].

720. Sotto gl'imperatori questo diritto fu temperato; e primieramente dalla legge Giulia [66] di Cesare [67] od Augusto, la quale permise al debitore di fare ai creditori cessione spontanea de' suoi beni. La vendita in simil caso non si effettuava in guisa diversa da quella per immissione [68], nè il debitore si esonerava del tutto [69]; ma la coercizione personale [70] e l'infamia erano disdette [71]. Questo beneficio dato in origine ai soli cittadini fu anche esteso da costituzioni imperiali alle provincie [72]. Ancora un senatoconsulto permise, come più decente, che i beni delle persone di rango senatorio si alienassero, volendolo

(63) *Lex Julia municip.* lin. 41-43 (HAUBOLD *monum.* p. 124), TERTULL. *Apol.* 4.

(64) GAJUS II. 154, § 1. J. *qui manum* (1. 6), c. 3. C. Th. *de inoff. test.* (2. 19).

(65) GAJUS IV. 102; CIC. *pro Quint.* 8.

(66) GAJUS III. 78, c. 4. C. *qui bonis cedere* (7. 71).

(67) Leggi relative a tale oggetto sono da lui menzionate, CÆSAR *de bell. civ* III. 1; SUETON. *Jul. Cæs.* 42; TACIT. *ann.* VI. 16; DIO CASS. LVIII. 21.

(68) GAJUS III. 78-81, *fr.* 3. 5. D. *de cess. bon.* (42. 2).

(69) *Fr.* 4. 6. 7. D. *de cess. bon.* (42. 3), c. 1. C. *qui bonis* (7. 71).

(70) C. 1. C. *qui bonis* (7. 71). Salvo pei debitori del fisco, c. 1. C. Th. *qui bonis* (4. 20), c. 4. C. Th. *de fisci debit.* (10. 16).

(71) C. 11. C. *ex quib. caus. infam.* (2. 12).

i creditori, alla spicciolata da un curatore nominato dal maestrato[73].

721. Ma più in là sotto l'impero la procedura mutò[74]. L'atto suo iniziale continuò ad essere l'immissione dei creditori instanti pel pagamento. Ma la massa non si vendeva più a corpo da un maestrato a chi avesse fatto più larga offerta per cento[75], sibbene a brani dal curatore eletto da' creditori. Il provento di queste vendite si ripartiva all'avvenante dei rispettivi crediti, e ciò che rimaneva si metteva a parte dal giudice per conto dei creditori che si presentavano più tardi[76].

722. Affine al concorso era lo scorporo (*sectio*), ossia la vendita che il governo[77] faceva in corpo[78] di un patrimonio, in seguito specialmente ad una condannazione e proscrizione[79], e nel caso di rivendicazione dei diritti reali dello Stato contro atti illeciti[80]. Il pretore immetteva nel possesso i questori[81], e questi vendevano il tutto al miglior offerente[82]. Essendo questa vendita dal governo fatta all'asta[83], il compra-

(72) C. 4. C. *qui bonis* (7. 71).
(73) *Fr.* 5. 9. D. *de curat. fur.* (27. 10), *fr.* 4. 5. D. *de curat.* (42. 5).
(74) V. Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 31.
(75) Pr. J. *de success. sublat.* (3. 12), Theophil. iii. 12. pr.
(76) C. 10. § 1. C. *de bon. autor. iudic.* (7. 72), § 1. J. *de necess. hered.* (2. 19).
(77) In ciò sta la differenza dagli incanti (*auctiones*), i quali si facevano anche dal governo, ma di effetti individuali.
(78) *Publice*, Gajus iii. 154.
(79) Cic. *pro Rosc. Amer.* 43.
(80) Liv. xxxviii. 58. 60; Cic. *pro Rabir.* 4.
(81) Liv. xxxviii. 60; Cic. *in Verr.* ii. 1, 20. Donde l'espressione *bona publice possideri* nei *fragm. l. Acil. repetund.* lin. 9 (Haubold *monum.* p. 75), *fragm. l. Servil. c.* 17.
(82) (Ascon.) *in Verr.* ii. 1, 20. 23. p. 172. 177. Orell., *Schol.* Gronov. *in Verr.* ii. 1, 20. p. 403. Orell., Cic. *pro Rosc. Amer.* 8.

tore o scorporatore (*sector*) acquistava la proprietà quiritaria[84], ed un proprio interdetto pel mantenimento del possesso[85], ma coll'obbligo in pari tempo di accollarsi le passività gravitanti sul patrimonio[86]. La vendita di un'eredità devoluta al fisco si faceva sulle stesse basi[87]; ed è da notarsi che un simile compratore acquistava l'azione ereditaria[88]. Nelle vendite dello Stato un vecchio rito portava che si mettesse prima all'incanto l'avere di Porsenna[89].

CAPITOLO XI.

AMMINICOLI GIUDIZIALI.

723. Sotto la repubblica ogni atto giudiziale del pretore, dalla concezione della formola[1] all'esecuzione[2], ed ogni atto d'ufficio d'un maestrato, da cui altri si credesse leso, poteva essere impugnato e attraversato mediante richiamo all'altro pretore[3], ad un con-

(83) Cic. *Philipp.* II. 26; Festus *v. Hastæ.*
(84) Varro *de re rust.* II. 10. A ciò allude l'*interdum* di Gajus III. 80.
(85) *Interdictum sectorium*, Gajus IV. 146.
(86) (Ascon.) *in Verr.* II. 1, 23. p. 177. Orell., *fr.* 2. 3. D. *de sentent. pass.* (48. 23).
(87) C. 1. C. *de hered. vend.* (4. 39).
(88) *Fr.* 54. pr. D. *de hered. pet.* (5. 3).
(89) Liv. II. 14; Dionys. v. 34.
(1) Cic. *pro Tullio* 38.
(2) Liv. VI. 27. XXXVIII. 60; Gellius VII. 19; Cic. *pro Quint.* 7. 20. 21.
(3) Cæsar *de bello civ.* III. 20; Cic. *in Verr.* II. 1, 46. *ibiq.* (Ascon.) p. 192. Orell.

sole[4] od al collegio de' tribuni[5]. Caduto lo stato libero, questo diritto si converse naturalmente nelle appellazioni al principe[6]. Ma in breve il crescere delle medesime lo costrinse a delegarle ad altri, segnatamente al prefetto della città[7], nonchè a quelli del pretorio[8]. Così nacque man mano un andamento regolare di cose. L' appellazione in Roma correva ora dai maestrati della città al prefetto di essa e da questi all'imperatore[9], in Italia dai maestrati municipali al pretore od ai correttori, nelle provincie dalle autorità de' municipii e colonie[10] e da quelle delle città libere[11] ai governatori. Oltrecciò dai legati, se questi avevano pronunziato, si appellava al proconsole[12], da costui all'imperatore[13]. Il quale talvolta deputava a giudice il senato[14], od assegnava al medesimo una volta per sempre siffatte appellazioni[15]. Da un giudice (*iudex*) dativo si appellava a colui che dato l'avea[16].

(4) Valer. Max. vii. 7. § 6.
(5) Vedi nota 2.
(6) Vedi § 258, nota 89-92.
(7) Sueton. *Octav.* 33.
(8) Diffatti costoro appaiono anche giudici in cause civili, *fr.* 40. D. *de reb. cred.* (12. 1), ed avevano un tribunale a parte, Herodian. vii. 6; Dio Cass. lii. 33.
(9) Sueton. *Octav.* 33; Dio Cass. lii. 21. 33, *fr.* 38. D. *de minor.* (4. 4).
(10) A queste allude il *fr.* 21. pr. D. *de appell.* (49. 1).
(11) Ne porgono un esempio quelle d'Atene, Boeckh *inscr. græc.* T. i. n. 355.
(12) *Fr.* 2. D. *quis a quo appell.* (49. 3), Dio Cass. lii. 22.
(13) Dio Cass. lii. 33; Æl. Aristid. *in Romam oratio* ed. Iebb. T. i. p. 208. ed. Canter. T. i. p. 363, *fr.* 81. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1).
(14) Capitol. *M. Antonin.* 10.
(15) Sueton. *Nero* 17; Tacit. *ann.* xiv. 28; Vopisc. *Prob.* 13.
(16) *Fr.* 1. 3. D. *quis a quo appell.* (49. 3), *fr.* 1. § 3. *fr.* 21. § 1. D. *de appell.* (49. 1).

724. Nella nuova costituzione susseguita a Costantino l'ordine delle istanze era questo. Nelle due metropoli l'appellazione da tutte le autorità civiche si portava al prefetto della città[17]; nelle provincie da' *iudices pedanei*, da' maestrati municipali e dai difensori ai governatori[18]. Da costoro in Italia si faceva appello al prefetto della città *vice sacra*[19], la qual giurisdizione, abolita da Costanzio (A. 357)[20], fu più tardi ristabilita[21]. Con lui concorreva ristrettivamente il vicario della città, pur *vice sacra*[22]. Le appellazioni da certe provincie dell'Oriente erano in modo analogo assegnate al prefetto urbano di Costantinopoli[23]. Ma dai prefetti di città l'appellazione passava all'imperatore[24]; e così anche dal vicario della città di Roma[25], sebbene questa si devolveva talvolta al prefetto *vice sacra*[26]. In tutte le altre provincie dai governatori si appellava al prefetto del pretorio[27] od al vicario della diocesi[28]; o secondo la situazione della provincia ai proconsoli, al comite dell'Oriente, od al prefetto

(17) C. 17. C. *de appell.* (7. 62).
(18) C. 1. 3. C. Th. *de repar. appell.* (11. 30), *nov.* 15. *c.* 5.
(19) A questo si riferisce *c.* 13. C. Th. *de appell.* (11. 30).
(20) C. 27. C. Th. *de appell.* (11. 30) *ib.* GOTHOFR.
(21) CASSIODOR. *var.* VI. 4; SYMMACH. *epist.* X. 58. 60.
(22) CASSIODOR. *var.* VI. 15.
(23) C. 1. 10. C. Th. *de off. præf. urbi* (1. 6), *c.* 23. C. *de appell.* (7. 62).
(24) C. 8. 11. 30. 44. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 2. C. Th. *de his qui per met.* (11. 34), *c.* 12. § 7. C. *de ædif. privat.* (8. 10).
(25) C. 29. 61. C. Th. *de appell.* (11. 30).
(26) C. 2. 3. C. Th. *de off. præf. urbi* (1. 6), *c.* 61. C. Th. *de appell.* (11. 30).
(27) C. 27. 67. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 4. C. Th. *de off. præf. prœt.* (1. 5).
(28) *Nov.* 23. *c.* 3, *nov.* 20. pr. *c.* 5, *c.* 16. C. Th. *de appell.* (11. 30).

d'Egitto, i quali poi giudicavano tutti assieme *vice sacra*[29]. Dai vicarii e dalle autorità pari a costoro le appellazioni si portavano direttamente all'imperatore[30], che giusta una legge di Teodosio secondo non se ne occupava più in persona, ma le assegnava ad una commissione composta del prefetto del pretorio e del questore[31]. Ma dai prefetti del pretorio non si poteva più appellare[32], e neppure da poi Adriano dal senato[33]. Quanto all' imperatore ciò s' intende di per se[34].

725. Per ciò che riguarda la forma dell'appello, doveva questo interporsi o nel punto medesimo della significazione della sentenza mercè una dichiarazione orale agli atti[35], o dentro un dato termine[36] mercè un libello scritto[37]. Il giudice doveva quindi spedire all'appellante in attestato della fatta appellazione le

(29) *C.* 3. 62. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 4. C. J. *de iurisd.* (2. 3). Vedi BETHMANN-HOLLWEG *Röm. Gerichtsverf.* § 3. nota 36. 37. Ma tolto nell'Africa colla conquista dei Vandali il proconsole, le appellazioni delle provincie rimaste romane vennero assegnate al prefetto civico di Roma, *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XVIII. *de tribut. fiscal.* § 12.

(30) *C.* 16. 29. C. Th. *de appell.* (11. 30).

(31) *C.* 32. pr. C. *de appell.* (7. 62), *nov.* 126; JOAN. LYDUS *de magistr.* II. 15. 16.

(32) *Fr.* 1. § 1. D. *de off. præf. præt.* (1. 11), *fr.* 17. D. *de minor.* (4. 4), c. 16. C. Th. *de appell.* (11. 30).

(33) *Fr.* 1. § 2. D. *a quib. appell.* (49. 2). Ciò però era già occorso prima, DIO CASS. LIX. 18.

(34) *Fr.* 1. § 1. D. *a quib. appell.* (49. 2), *c.* 34. C. *de appell.* (7. 62).

(35) *Fr.* 2. D. *de appell.* (49. 1), *c.* 14. C. *de appell.* (7. 62).

(36) *Fr.* 5. § 4. D. *de appell.* (49. 1), *fr.* 1. § 5-15. D. *quando appell.* (49. 4), *nov.* 23. pr. *c.* 1.

(37) *Fr.* 1. § 4. *fr.* 3. D. *de appell.* (49. 1).

lettere dimissoriali od apostoli[38] unitamente ad una copia degli atti[39], e l'appellante consegnar questa e quelle al tribunale superiore dentro il termine legale per l'andamento ulteriore[40]. Ma da poi il secolo quarto, quando l'appello s'indirizzava allo stesso imperatore, si faceva nel tribunale, onde l'appello era interposto, una relazione o consultazione in lungo, che si comunicava alle parti per le loro controsservazioni, e quindi s'inviava da messi del dicastero unitamente a queste ed agli atti alle cancellerie imperiali[41], donde la causa passava al consistorio per consulta e decisione[42]. Lo stesso si usava fare segnatamente nelle appellazioni dai proconsoli, dal comite dell'Oriente, dal prefetto dell'Egitto e dai vicarii delle diocesi. Ma dopochè queste appellazioni, come già si disse, vennero dalla legge di Teodosio assegnate ad una commissione composta del prefetto del pretorio e del questore, furono quivi trattate nel modo ordinario[43]. Quindi la forma della consultazione non si usò più che nelle appellazioni dai sommi dignitari dell'impero[44].

726. Pel rimanente le appellazioni non si concede-

(38) *Fr. un.* D. *de libell. dimiss.* (49. 6), PAUL. *sent. rec.* v. 34.
(39) C. 6. § 6. *c.* 24. C. *de appell.* (7. 62), *nov.* 126, *c.* 3.
(40) C. 5. C. J. *de appell.* (7. 62), *c.* 63. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 3. C. Th. *de repar. appell.* (11. 31), *c.* 2. 5. C. J. *de tempor. et repar. appell.* (7. 63).
(41) C. 5. C. Th. *de relat.* (11. 29), *c.* 8. 16. 29. 32. 34. 47. 54. C. Th. *de appell.* (11. 30), SYMMACH. *epist.* x. 48. 52. 53.
(42) C. 2. C. *de leg.* (1. 14). Cfr. § 711, nota 60.
(43) C. 32. pr. § 2. 3. 4. C. *de appell.* (7. 62), *nov.* 126; JOAN. LYDUS *de magistr.* II. 15. 16.
(44) C. 32. § 5. c. 37. 39. § 1. 2. C. *de appell.* (7. 62), *c.* 5. § 2. C. *de tempor. appell.* (7. 63), *nov.* 23. *c.* 2, *nov.* 62. *c.* 1. ed. Osenbrüggen.

vano di regola che contro le sentenze definitive, ed in via di mera eccezione, tolta poi anche da Giustiniano[45], contro certi interlocuti[46]. Il numero delle appellazioni ammesso in ciascuna causa dipendeva dal grado delle autorità; ma nel diritto nuovissimo era di due al sommo[47]. Un certo ammontare della somma litigiosa non era voluto che nelle appellazioni all'imperatore[48], ed anche in queste fu più tardi dichiarato irrilevante[49]. Le appellazioni non permesse si punivano con multe[50]; le temerarie colla perdita di una somma da depositarsi anticipatamente e il pagamento del quadruplo delle spese di lite[51]; più tardi in altra maniera[52].

727. Contro le sentenze de' prefetti del pretorio, da cui non si poteva appellare, fu dato nel secolo quarto l'amminicolo della supplicazione o revisione (*retractatio*)[53]. Oltrecciò una sentenza peccante di manifesta ingiustizia od illegalità, poteva essere guardata come nulla e rescissa senza appellazione[54].

(45) C. 2. 25. 37. 40. 44. 65. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 1. 2. 3. 11. 18. 23. C. Th. *quor. appell.* (11. 36), SYMMACH. *epist.* X. 36. 58.

(46) C. 36. C. *de appell.* (7. 62), *c.* 16. C. *de iudic.* (3. 1). Rimase un'eccezione nel *fr.* 2. D. *de appell. rec.* (49. 5).

(47) C. *un.* C. *ne liceat in ead. causa* (7. 70).

(48) *Fr.* 10. § 1. D. *de appell.* (49. 1), *nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXXIV. *de episcop. iudic.* § 17.

(49) C. 20. 37. C. *de appell.* (7. 62). Fu fatta un'eccezione colla *nov.* 23. *c.* 3.

(50) Vedi nota 45.

(51) TACIT. *ann.* XIV. 28; PAUL. *sent. rec.* V. 33. 37.

(52) C. 3. C. Th. *de off. præf. præt.* (1. 5), *c.* 6. § 4. C. *de appell.* (7. 62).

(53) C. 5. C. *de prec. imper. off.* (1. 19), *nov.* THEODOS. *tit.* XIII. *contra sentent.*, *c. un.* C. *de sent. præf. præt.* (7. 42), *c.* 30. 35. C. *de appell.* (7. 62), *nov.* 82, *c.* 12, *nov.* 119. *c.* 5.

(54) *Fr.* 1. 2. 3. D. *quæ sentent. sine appell.* (49. 8), *c.* 1. 2. 4. 7. C. *quando provocare non est nec.* (7. 64).

Questo era forse anticamente l'effetto della sponsione in doppio [55]. Finalmente a somiglianza in generale delle lesioni si poteva chiedere in dati casi e in via straordinaria una restituzione contro la sentenza [56], non esclusa quella medesima data da' prefetti pretoriani e dall'imperatore [57].

—

CAPITOLO XII.

PROCEDURE PARTICOLARI.

728. Fra le procedure particolari occorrono per primo gl'interdetti [1]. I Romani non restringevano l'azione del maestrato a dar sentenza secondo le leggi vigenti, ma gli davano pur facoltà, se tanto voleva l'ordine pubblico o generalmente una necessità pratica, di spiccar provvidenze e farle valere coll'autorità sua propria. Indi è che il pretore designava nell'editto [2] una serie di casi ne' quali permetteva o vietava di far qualche cosa. Se in seguito aveva taluno da piatir contro un altro all'appoggio di una tal provvidenza, il pretore sulla costui proposta o nelle provincie il

(55) *Revocatio in duplum*, PAUL. *sent. rec.* v. 5A. § 7. 8, c. 1. Cod. Greg. x. 1.

(56) *Fr.* 16. § 5. *fr.* 18. pr. *fr.* 42. D. *de minor.* (4. 4), c. 2. 4. 5. C. *si adv. rem iudic. restit.* (2. 27).

(57) *Fr. un.* § 2. D. *de off. præf. præt.* (1. 11), *fr.* 17. 18. § 1-4. D. *de minor.* (4. 4).

(1) BETHMANN-HOLLWEG *Röm. Gerichtsverf.* § 37. Buone osservazioni si trovano anche in LEIST *die bonorum possessio* I. § 51-60. Quest' autore si è messo in capo, che in origine gli interdetti non furono altro che *extraordinariæ cognitiones* e che da queste provennero.

(2) *C.* 1. C. *de interd.* (8. 1), PAUL. *sent. rec.* v. 6. § 2.

proconsole dopo audizione sommaria dell'altra parte[5] decretava il permesso o interdiceva il vietato. Da principio non era questo che un avviso deortatorio che il maestrato, all'appoggio dell'editto, dava al convenuto di far quello o intralasciar questo, se conscio di essere in fallo. Siffatte provvidenze si chiamavano in quel caso *decreta*, in questo *interdicta*, od anco *interdicta* comunemente, e questi si partivano in *restitutoria*, *exhibitoria* e *prohibitoria*[5]. Se la deortazione aveva il suo effetto, tutto era finito. Nel caso contrario s'apriva un singolar procedimento del quale si dirà fra poco.

729. Gl'interdetti stanziati nell'editto si riferivano a diversissimi oggetti: alla tutela delle cose sacre, religiose e destinate all'uso pubblico, alle condizioni o stati della persona, ai beni; e riguardo a questi, quando alla proprietà, quando al nudo possesso[6]. Nell'ultimo caso erano di tre maniere, dati cioè o per procurare un possesso non prima avuto, o per mantenere un possesso preesistente, o per ricuperare un possesso perduto[7]. Gl'interdetti della prima specie si davano per taluni casi favoreggiati, che pel rimanente non avevano altro fra loro di comune[8]. Gl'interdetti pel mantenimento del possesso erano l'*interdictum uti pos-*

(3) Theophil. iv. 15. pr.

(4) Gajus iv. 139. *Prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis (inter)ponit.*

(5) Gajus iv. 138-140. 142, *fr.* 1. § 1. D. *de interd.* (43. 1). Essi appartenevano nel senso più largo alle azioni, *fr.* 37. pr. D. *de obl. et act.* (44. 7); ma in senso più stretto se ne differenziavano, *fr.* 35. § 2. *fr.* 39. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(6) *Fr.* 1. pr. *fr.* 2 § 1. 2. D. *de interd.* (43. 1), Cic. *pro Cæcina* 13.

(7) Gajus iv. 143, *fr.* 2. § 3. D. *de interd.* (43. 1).

(8) Gajus iv. 144-147.

sidetis e *utrubi*. Il primo si riferiva a terreni e fabbriche[9], e il pretore lo dava a colui che nel punto in cui veniva dato aveva per sè un possesso non procacciato colla violenza, clandestinamente o precariamente dall'avversario[10]. Quindi se dall'inchiesta uno appariva bensì in possesso, ma in un possesso difettivo, si ritornava al possesso non viziato dell'altro, e si pigliava questo come presentaneo. L'*interdictum utrubi* si applicava ai mobili, e s' impartiva a quello dei due contendenti, che nell' anno preceduto all' incominciamento della lite era stato più a lungo in possesso non viziato[11]. Però nel diritto ulteriore non si guardava più al possesso più lungo, ma a chi fosse stato al punto della contestazione di lite possessore non vizioso[12]. Nel procedimento formolare amendue gl'interdetti si davano segnatamente quando in fatto d'azione petitoria la stessa domanda del possesso era fra le due parti contesa[13] Ma oltre questo, in tutti eziandio i casi in cui si distruggesse un possesso esistente, venendo questo fatto riguardato come una contestazione del possesso e un disegno per parte del distruttore di appropriarlo a sè[14].

(9) I più recenti scritti sopra questa materia non scevra di controversie sono di Keller e Rudorff (Savigny *Zeitschrift* xi. 305-332. 333-361). Vedi anche Puchta *Institutionen* ii. 508-511.|

(10) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *uti possid.* (43. 17), Gajus iv. 148. 149. 150. 160; Festus *v. Possessio.*

(11) *Fr. un.* pr. D. *de utrubi* (43. 31), Gajus iv. 148-152. 160; Paul. *sent. rec.* v. 6. § 1; Theophil. iv. 15. § 4.

(12) § 4. J. *de interd.* (4. 15), *fr. un.* § 1. D. *de utrubi* (43. 31).

(13) Gajus iv. 148, *fr.* 1. § 3. D. *uti possid.* (43. 17), *c. un.* C. *uti possid.* (8. 6), Theophil. iv. 15. § 4.

(14) *Fr.* 3. § 2. D. *uti possid.* (43. 17).

730. Fra gl'interdetti volti alla ricuperazione di un possesso perduto, i più importanti sono quelli che si rendevano nel caso di espulsione violenta (*deiectio*). Nell'antico diritto questi interdetti erano due[15]: l'uno per violenza semplice[16], l' altro per violenza a mano armata[17]. Ma l'uno e l'altro non valevano che in fatto di cose immobili, poichè in ordine alle mobili tornavano superflui a motivo di altre azioni[18], specialmente dell'*interdictum utrubi*, e più tardi dei decreti resi contro la violenza privata[19]. Del rimanente il giure antico poneva fra i due interdetti varie differenze, che nel diritto più recente sparvero quasi del tutto[20]. Il primo non si dava contro persone cui si doveva riverenza, sibbene l'altro[21]; il primo dentro

(15) Cic. *pro Cæcina* 32. *Ad duas dissimiles res duo diiuncta interdicta sunt.*

(16) Le parole dell' editto relative a questo caso sono riportate da Cic. *pro Tullio* 44. L'oggetto proprio di quest'orazione non è però quest'interdetto, ma il giudicio costituito sopra un'*actio vi bonorum raptorum*. A ciò si applicano *cap.* 7-13. 24-28. Inoltre la formola citata nel *cap.* 29 non è, come opina Savigny *Besitz* § 40. p. 517, una redazione più moderna dell' editto sopra il nostro interdetto; ma Cicerone riferisce puramente di una formola occorsa in un certo caso tra lui e un altro, per meglio chiarire, che le parole *dolo malo* nella forma del giudizio di cui si trattava non stavano bene in bocca al reo. Del che fan prova i *cap.* 30-36.

(17) Le parole dell'editto relative a questo caso sono ricordate da Cic. *pro Cæcina* 19. 21. E ad esse indubitatamente accenna anche *pro Tullio* 46.

(18) *Fr.* 1. § 3-8. D. *de vi* (43. 16), Paul. *sent. rec.* v. 6. § 5.

(19) C. 3. C. Th. *unde vi* (4. 22), c. 7. C. *unde vi* (8. 4), § 1. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2), § 6. J. *de interd.* (4. 15).

(20) Onde la fusione di entrambi nel *tit.* D. *de vi et de vi armata* (43. 16).

(21) *Fr.* 1. § 43. D. *de vi* (43. 16).

l'anno soltanto [22], il secondo anche più tardi [23]; il primo voleva per disposizione espressa dell'editto, che l'attore avesse avuto il possesso, il secondo no, per forma che il medesimo aveva luogo anche pel fatto della semplice detenzione (*detentio*) avuta [24]; contro il primo finalmente il gius antico, ma non più il nuovo [25], ammetteva l'eccezione, che lo stesso attore avesse posseduto violentemente, occultamente o in via di grazia [26], laddove non contro il secondo [27]. Nell'età posteriore l'interdetto per violenza fu chiamato azione a restituzione dello stato presentaneo [28].

731. Gl' interdetti si partivano ancora in *simplicia* e *duplicia*. I primi erano quelli in cui l'uno si appresentava come attore, l'altro come convenuto, siccome avveniva in tutti gl'interdetti restitutorii ed esibitorii. Ma degl' interdetti proibitorii altri erano *simplicia*, altri *duplicia*. Questi ultimi erano quelli in cui ciascuno figurava nello stesso tempo attore e convenuto, come segnatamente nell'*interdictum uti pos-*

(22) *Fr.* 1. pr. § 39. D. *de vi* (43. 16).

(23) Cic. *ad fam.* xv. 16.

(24) Cic. *pro Cæcina* 31. 32. Ciò non ostante questo non poteva giovare a Cecina, come quello che non aveva avuto detenzione. Ond'è che in ultimo Cicerone si volge a dimostrare che Cecina aveva avuto possesso in proprio nome per interposta persona. Diversamente ciò interpreta Savigny *Besitz* § 40. p. 517.

(25) § 6. J. *de interd.* (4. 15), *fr.* 1. pr. D. *de vi* (43. 16).

(26) Cic. *pro Tullio* 44. 45, *pro Cæcina* 32, *ad fam.* vii. 13; Gajus iv. 154; Paul. *sent. rec.* v. 6. § 7.

(27) Gajus iv. 155.

(28) *Momenti reformatio*, Symmach. *epist.* x. 48. 53, *momentariæ possessionis interdictum*, c. 3. C. *qui legit. person.* (3. 6), c. 8. C. *unde vi* (8. 6), c. 1. 4. C. Th. *unde vi* (4. 22), c. *un.* C. Th. *si de momento* (11. 37).

sidetis e *utrubi*[29]. Del resto vi erano anche *interdicta duplicia* in tutt'altro senso, cioè così chiamati perchè servivano egualmente ed all'acquisto di un possesso non ancora avuto ed al riacquisto di quello già avuto[30]. Tal si era l'*interdictum quem fundum*[31]; mercè cui, se nella vindicazione di un fondo il possessore non si difendeva e segnatamente non prestava la necessaria cauzione[32], l'attore poteva lasciar andare la quistione di proprietà, ed ottener dal pretore che il possesso fosse in lui trasferito, sia che già avesse o non posseduto, per modo che il convenuto doveva poi assumere nel petitori le parti d'attore. Nella stessa guisa vi aveva un *interdictum quam hæreditatem* e *quem usufructum* a difesa della vindicazione di un'eredità[33] o d'un usufrutto[34].

732. Per ciò che riguarda la procedura successiva alla resa di un interdetto cui il convenuto non si voleva arrendere, è da distinguere tra gl'*interdicta simplicia* e i *duplicia*. Ne' primi, se l'interdetto era restitutorio od esibitorio, il convenuto poteva chiedere d'un arbitro che più maturamente informasse e decidesse, la qual cosa doveva aver luogo di subito e sulla faccia del luogo; e in questo senso era poi divisata una formola. Se il giudicato dell'arbitro gli tornava contrario, ed ei si sommetteva, non ne aveva

(29) Gajus iv. 156-160, *fr.* 2. pr. D. *de interd.* (43. 1).

(30) *Fr.* 2 § 3. D. *de interd.* (43. 1). Questo passo non si è chiarito che col frammento delle instituzioni d'Ulpiano trovato in Vienna nel 1828.

(31) Ulpian. *fragm. Vindob.*, *fragm. Vatic.* § 92. V. in proposito Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* ix. 7-55.

(32) *Fragm. Vatic.* § 92. Cfr. § 677. Così si spiegano c. *un.* C. *uti possid.* (8. 6), *fr.* 80. D. *de rei vind.* (6. 1).

(33) Ulpian. *fragm. Vindob.*, Paul. *sent. rec.* i. 11. § 1.

(34) *Fragm. Vatic.* § 92.

altro danno. Nel caso contrario veniva condannato nell'interesse, il quale si estimava, come in tutte le azioni arbitrali, dietro giuramento dell'attore, e la condanna si eseguiva nel modo ordinario [35]. Se non si era fatta istanza di un arbitro, l'attore doveva nuovamente venire in giudizio e provocar l'altro alla sponsione di una penale in danaro, pel caso che contrariamente all'editto del pretore non operasse la restituzione od esibizione. Replicava l'altro coll'invitarlo ad una restipulazione; e in questo senso venivano poi trasmesse ai recuperatori due formole, perchè decidessero se questa o quella penale fosse incorsa. Ma l'attore alla sua formola ne arrogeva un'altra, la quale mirava alla restituzione od esibizione della cosa, od altrimenti alla condanna nell'interesse. Negli interdetti proibitorii si procedeva sempre a questo modo, perchè in essi non era lecito il postular d'un arbitro [36]. Se il convenuto non si presentava, ne conseguitava come all'ordinario l'immissione nei beni [37].

733. Negl'*interdicta duplicia* si spondeva e restipulava per entrambe le parti, cosicchè in totale ne risultavano quattro stipulazioni, di cui il giudice (*iudex*) aveva a conoscere [38]. Nell' *interdictum uti possidetis* v' era inoltre un procedimento a parte, che aveva per fine di regolarizzare pendente causa lo stato di possesso. Questo stato di possesso era cioè messo ad incanto fra i due, e aggiudicato a colui che più largheggiava nell'offerta. Che se in appresso costui soccombeva,

(35) Gajus iv 141. 162-164; Ulpian. *fragm. Vindob.*

(36) Gajus iv. 141. 162. 165; Cic. *pro Cæcina* 8, *ad fam.* vii. 21, *pro Tull.* 53.

(37) *Fr.* 3. § 14. D. *de homine libero exhib.* (43. 29).

(38) Gajus iv. 166 167.

doveva pagare, oltre la penale divisata colla sponsione e restipulazione, l'ammontare della licitazione. A ciò ei si obbligava per lo più con una stipulazione particolare; ma anche senza stipulazione poteva esserne azionato coll'*iudicium fructuarium* o *secutorium*. Per giunta poi doveva restituire la cosa coi frutti percetti, ed a quest'effetto, ovveramente per la corrispondenza del valore, veniva forzato coll'*iudicium Cascellianum*, detto anche *secutorium* [39].

734. Del rimanente gl'interdetti e il procedimento lor relativo non si confacevano ai casi in cui, come nell'azione a esibizione di un figlio, l'ammenda e l'estimo non fruttavano indennità. Quindi è che si formò un procedimento *extra ordinem*, nel quale il maestrato inchiedeva tutto da sè e faceva eseguire colla forza militare [40]. Più tardi poi, allorchè generalmente non si adoperarono più nelle liti giudici privati, il procedimento ordinario soprascritto si cambiò pure in straordinario. La forma interdittoria si conservò ad introdurre la lite, ed anzi gl'interdetti andarono esenti per ragion di speditezza dalla forma della denunciazione di lite [41]. Che se il convenuto contraddiceva o non obbediva, le pratiche susseguenti si passavano davanti, allo stesso maestrato [42]. Ma da ciò avvenne naturalmente, che il maestrato cercò di abbreviare la causa. L'introduzione di essa per interdetto fu tolta intieramente; il maestrato inco-

(39) Gajus iv. 166-169.

(40) *Fr.* 1. § 1. D. *de inspic. ventre* (25. 4), *fr.* 1. § 2. D. *si ventr. nom.* (25. 5), *fr.* 3. pr. § 1. D. *ne vis fiat* (43. 4).

(41) *C.* 5. 6. C. J. *de denunt.* (2. 4), *c. un.* C. Th. *utrum vi* (4. 23). Cfr. § 709.

(42) Symmach. *epist.* x. 48. 53, *c.* 9. C. Th. *de infirm. his* (15. 14).

minciò di subito una informazione in merito, e le quistioni riflettenti gl'interdetti non sopravvissero che materialmente. Tale è la forma che veste il diritto giustinianeo[43].

735. Affini agli interdetti erano ancora talune altre procedure. Se altri aveva sopra un fondo non suo commesso violentemente o nascostamente un atto recante pregiudizio, l'offeso aveva l'*interdictum quod vi aut clam* a restituzione[44]. Se poi si trattava di un'opera da intraprendersi[45], la persona che sen credeva lesa, od in fatto di agri pubblici, qualunque cittadino[46] poteva costringere l'altro con una *operis novi nunciatio* fatta in data maniera[47] a soprassedere nel lavoro sino a cosa finita, od a prestar cauzione[48]; il che non facendo, avea contr'esso luogo un interdetto a restituzione[49]; interdetto che a vicenda si dava eziandio contro il denunziante, se ad onta della prestata cauzione egli persisteva nella sua opposizione[50]. Il vicino poteva tuttora, secondo la legge Ebuzia, fare istanza contro un' opera minacciante rovina con un'azione di legge[51]. Secondo l'editto poteva chiedere

(43) § 6. J. *de interd.* (4. 15), *c.* 3. C. *de interd.* (8. 1), *c.* 2. 4. C. *unde vi* (8. 4). In questo senso venne anche interpolata la *c.* 4. C. *de interd.* (8. 1) tratta dalla *c.* 6. C. Th. *de denunt.* (2. 4).

(44) Cic. *pro Tullio* 53, *fr.* 1. pr. § 1-8. *fr.* 7. § 5. D. *quod vi* (43. 24).

(45) *Fr.* 1. § 1. 11-14. *fr.* 3. pr. *fr.* 5. § 10. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(46) *Fr.* 1. § 16. 17. *fr.* 3. § 4. *fr.* 4. 5. § 9. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(47) *Fr.* 1. § 2-5. *fr.* 5. § 2. 3. 4. 7. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(48) *Fr.* 1. pr. *fr.* 5. § 17. *fr.* 8. § 4. 5. *fr.* 20. § 5. *fr.* 21. pr. § 1. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(49) *Fr.* 20. pr. § 1. *fr.* 21. § 1. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(50) *Fr.* 20. § 9-12. D. *de o. n. n.* (39. 1).

(51) Gajus iv. 31.

a norma dei casi la *damni infecti cautio* per via di mallevadori o per semplice stipulazione [52]; in caso di rifiuto, l'immissione nel compossesso fattizio [53] della cosa [54], a tutela della quale come di tutte le immissioni pretoriane vi era un interdetto [55]; e perdurando il rifiuto, l'immissione definitiva [56] con proprietà pretoriana [57], e la capacità di usucapire la cosa [58]. I maestrati municipali non avevano però il diritto nè d'imporre cauzione nè di decretar l'immissione definitiva [59]; sebbene per ragion d'urgenza si delegava loro talvolta e il diritto di cauzione[60], e la facoltà di decretare la prima immissione[61]. La possibilità di un danno per deviazione artificiale del corso naturale dell'acqua piovana dava luogo, forse già sulla base delle dodici tavole [62], all'*actio aquæ pluviæ arcendæ* per rimozione delle opere o prestazione di malleveria[63]. Nelle provincie scarse d'acqua, come nel-

(52) *Lex Rubria c.* 20, *fr.* 7. pr. D. *de damno infect.* (39. 2), *fr.* 1. § 38. D. *de aqua cottid.* (43. 20), *fr.* 1. pr. D. *de cloac.* (43. 23).

(53) Non nel giuridico, *fr.* 3. § 23. D. *de possess.* (41. 2), *fr.* 9. D. *de rei vind.* (6. 1), *fr.* 3. § 8. D. *uti possid.* (43. 17).

(54) *Fr.* 7. pr. *fr.* 15 § 11. 20 D. *de damn. inf.* (39. 2), *fr.* 1. D. *quib. ex caus. in poss.* (42. 4).

(55) *Fr.* 1. pr. § 1. 2. 4. D. *ne vis fiat* (43. 4).

(56) *Fr.* 7. pr *fr.* 15. § 21. 22. D. *de damn. inf.* (39 2).

(57) *Fr.* 15. § 16. 17. 33. D. *de damn. inf.* (39. 2), *fr.* 7. § 1. D. *de usufr.* (7. 1).

(58) *Fr.* 5. pr. *fr.* 15. § 16. 26. D. *de damn. inf.* (39. 2).

(59) *Fr.* 4. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 26. D. *ad munic.* (50. 1).

(60) *Lex Rubria c.* 20. Però non avevano il diritto di decretare l'immissione previa cauzione, e in questo caso si dovevaprocedere come se la cauzione fosse prestata.

(61) *Fr.* 1. 4. pr. § 3. 4. D. *de damn. inf.* (39. 2).

(62) *Fr.* 21. pr. D. *de statulib.* (40. 7).

(63) *Fr.* 1. pr. § 1. 13. 17. *fr.* 6. § 6. 7. *fr.* 14. § 2. 3. D. *de aq. et aq. pluv.* (39. 3), Cic. *Topic.* 9. *pro Muren.* 9.

l'Africa, il danno si desumeva, non come altrove dalla escrescenza, ma dalla sottrazione[64].

736. Fra le procedure particolari s'annoveravano inoltre quelle controversie di confine, dove non si trattava che della differenza al massimo di cinque piedi[65]. Per decidere queste contese si nominavano secondo le dodici tavole tre arbitri, secondo la legge Mamilia un solo[66]. La causa improntava un carattere di singolarità dalla circostanza ch'essi arbitri erano misuratori, i quali dovevano ristabilire i confini stando unicamente alle regole dell'arte loro senza considerazione di possesso e prescrizione[67]. Vero è, che anche quando la contesa tra vicini cadeva sul sito (*locus*), cioè sopra un tratto di maggior larghezza, l'indagine dei confini primitivi poteva necessitare l'intervento di misuratori; ma in allora costoro non figuravano che quai periti consultori; la sentenza medesima si pronunciava nelle forme ordinarie, e nel darla si teneva conto delle massime volgari di possesso, proprietà, usucapione, interdetti e vindicazione[68]. Il singolar diritto anzidetto dei cinque piedi fu pur confermato da Costantino nel nuovo ordinamento giudiziario (A. 331)[69]. Valentiniano II tolse (A. 385)

(64) Aggenus *de controv. agror.* p. 71; Simplicius p. 76.

(65) Vedi in proposito Rudorff nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* x. 343. e Gotofredo nel suo commentario alle costituzioni che citeremo.

(66) Cic. *de leg.* I. 21.

(67) C. 4. C. Th. *fin. regund.* (2. 26). *Artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem.* Vedi anche § 547.

(68) Hyginus *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 163-166), Frontinus *de controv.* p. 40; Aggenus I. p. 53. 54. II. 79. 80.

(69) C. 3. C. Th. *fin. reg.* (2. 26).

per verità la distinzione tra confine (*finis*) e sito (*locus*), in quanto entrambi i generi di controversie si dovevano decidere all'avvenire dal misuratore come giudice colle sole regole dell'arte confinatoria senza rispetto a possesso e prescrizione[70]; ma Teodosio I. instaurò (A. 392) l'antico rito, per forma che il giudicio per arbitri e l'esclusione della prescrizione fu nuovamente ristretta ai cinque piedi[71]. Finalmente Giustiniano pareggiò in tutto le due quistioni. Egli sancì per primo (A. 550) in ogni controversia di confine, e così anche in quelle ristrette ai cinque piedi, la prescrizione trentennaria[72] Successivamente in tutte le contese confinarie, epperò anche in quelle di sito escluse l'usucapione e prescrizione ordinaria[73]. Quindi ancora tralasciò di riferire nella sua raccolta il principio della costituzione di Valentiniano, con che fu soppresso il disposto eccezionale de' cinque piedi[74]. Ciò però significava ora non dubbiamente, che i misuratori sarebbero all'avvenire intervenuti, anche nelle quistioni relative a quello spazio, non come giudici, ma in qualità di semplici consulenti. Del rimanente, per ciò che riguarda la parte tecnica

(70) C. 4. C. Th. *fin. reg.* (2. 26).

(71) C. 5. C. Th. *fin. reg.* (2. 26). A ciò si applica anche riguardo alla prescrizione c. 1. C. Th. *de action. cert. temp. finiend.* (4. 14).

(72) C. 1. § 1. C. *de ann. except.* (7. 40).

(73) Ciò fece con l'adottare la costituzione del tutto interpolata di Teodosio, c. 6. C. *fin. reg.* (3. 39).

(74) C. 5. C. *fin. reg.* (3. 39). È da notare, che questo passo non fu ammesso nelle Basiliche, e che, come mi fece osservare Bethmann-Hollweg, in un giureconsulto bizantino del nono secolo è ancor menzionata come di diritto pratico l'osservanza dei cinque piedi, Heimbach *observ. iur. græco-romani* (Lips. 1830) p. 54.

di simili controversie, l'atto consisteva in sostanza nell'intelligenza dei diversi segni terminati. In un territorio limitato questi segni si riducevano a pietre o ceppi aventi una data forma[75]. All'incontro in un territorio informe i segni erano più arbitrarii e seguivano gli usi locali[76], e successivamente collo svanire della differenza dei territorii, questi segni vennero anco trapiantati in territorio limitato[77].

737. Del resto l'intervento de' misuratori poteva eziandio, dalle controversie in fuora di confine, tornar necessario in altri casi. Ma in allora essi non figuravano già come giudici, sì come tecnici[78]. Contuttociò gli scrittori di quest'arte hanno compreso tutti questi casi sotto il nome di controversie agrarie. Essi ne contano quindici[79]. La prima è del collocamento

(75) Vedi § 249.

(76) SICULUS FLACCUS p. 3-13; FRONTINUS p. 38; AGGENUS *in* FRONTIN. p. 45. 48; HYGINUS *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 159-163), AGGENUS *de controv.* I. p. 53. II. p. 78. 79. 87-89. 308. Vedi RUDORFF *Zeitschrift* X. 429-37.

(77) SICULUS FLACCUS p. 13. 14. 15; HYGINUS *de limit.* p. 160, *de condit. agror.* p. 205; AGGENUS I. p. 54, *fr.* 11. D. *fin. reg.* (10. 1), *c.* 2. C. *fin. reg.* (3. 39).

(78) HYGINUS *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 170).

(79) Tre fra gli scritti componenti l'imbrogliata raccolta degli agrimensori fanno qui al caso. Il primo si compone dei frammenti di FRONTINUS *de controv.* (Goes. p. 39-43). Il secondo è senza dubbio d'Igino sotto Trajano, il quale, a somiglianza di Frontino p. 38. 39. subito dopo il trattato *de conditionibus agrorum* (Goes. p. 205-211), trattò dei *genera controversiarum*. Questo scritto è stato pubblicato da Blume nel *Rhein. Museum* VII. 138-172. Il terzo è un commentario tratto dai due precedenti di Aggeno Urbico vissuto probabilmente nel 5° secolo. Di questo fa anche parte l'avviluppato frammento stampato per isbaglio sotto il nome di Simplicio. L'ordine di quel commentario si può restituire nel modo che segue. Incominciava con una trattazione sull'importanza dell'arte agrimensoria e sul piano dell'opera. A questa parte si riferiscono Goes. p. 85 *idoneas*—p. 87. *speciebus*, p. 63

delle pietre terminali[80]. In agro limitato simili pietre si ponevano non solamente all'estremità delle centurie, ma eziandio nell'interno delle medesime, dove i lotti si vicinavano[81], o dove un lotto era stato per causa di successione diviso[82]; nell'agro informe andavano confuse con altri segni[83]. La seconda controversia è del regolo (*rigor*), cioè della linea retta tirata fra due segni terminali[84]. La controversia che

et idoneas — artifices coguntur, p. 128. *In lapidibus — artifices coguntur*, p. 75 *respicio — præstaturi*, ed il frammento edito da Blume nel *Rhein. Museum* VI. 369-373. Segue il commentario *de agrorum qualitate* p. 44-50, poi *de controversiis agrorum pars* I. p. 50. p. 63. *persequendum est*, di cui la conclusione: *Satis ut puto — persequendum est* si trova anche a p. 75. Vi tien dietro *pars* II, che, come la prima, comincia colle *conditiones agrorum* p. 76 — p. 77. *moveant causas*. Di questo principio, a giudicare dalle p. 38. 45, fa anche parte il frammento p. 87. *Arcifinalis* — p. 89 *procedit*. Dopo *moveant causas*, a giudicare da p. 39. 50, viene il frammento p. 82 *Omne genus—obtinet*. Vengono quindi le singole controversie: *de terminis*, di cui manca il principio p. 77 *si vero — controversia*; p. 77. *De rigore* — p. 78 *suscitari possit*; p. 82. *De fine* — p. 83 *decernitur*, cui anche indubitabilmente p. 78. *Nec enim* — p. 79 *haberi*, locchè in parte anche s'incontra p. 308; *De loco* p. 79. *Ordinem* p. 80 *appareat*; p. 80. *De modo* — p. 82 *est perfecta* con p. 65. 66; poi le dieci altre controversie p. 66-75 *continetur*. Alla controversia *de subsicivis* p. 68 appartiene il frammento p. 87 *alia qua — tribueret*. Viene da ultimo il trattato degli *status* e loro *transcendentia*, a cui si connettono i frammenti: p. 82 *prius quam — existimo*, p. 63 *vel uti — de loco litigatur*, p. 83. *Nunc quemadmodum* — p. 85 *transcendunt*. Le citazioni che seguono sono fatte secondo queste correzioni.

(80) *De positione terminorum*, FRONTINUS p. 39. 40; AGGENUS I. p. 51. II. p. 77, *fr.* 8. D. *fin. reg.* (10. 1).

(81) Vedi § 252.

(82) *Termini comportionales*, AGGENUS I. p. 51.

(83) SICULUS FLACCUS *de condit. agror.* p. 4. 5. 6.

(84) FRONTINUS *expos. form.* p. 31. 32; SICULUS FLACCUS p. 5. 6. 13; AGGENUS *in* FRONTIN. *de agror. qualit.* p. 46. Formavano il contrapposto i *flexus*.

sovr'esso nasceva tra vicini, o si confondeva con quella di confine (*finis*), o con quella di rimozione delle pietre confinarie [85]. In agro tributario delle provincie, se misurato, il regolo era lo stesso del limite (*limes*) in agro assegnato, ed aveva come questo una certa larghezza per uso di via [86]. La terza controversia era del confine [87], la quarta quella di sito [88], di entrambe le quali già abbiamo discorso. La quinta del modulo (*modus*) si riferiva negli agri assegnati al compreso dei lotti primitivi, tenuto però conto dei cambiamenti avvenuti più tardi: in altri casi rifletteva la giustezza del quantitativo di superficie designato in un contratto [89]. Nella sesta controversia della proprietà gli agrimensori non avevano che a rispondere alla domanda, se e quanto in complesso era assegnato di campo o pascolo e bosco, consultando a tal uopo la mappa (*charta*) [90]. La settima controversia del possesso non li riguardava [91]. Nell'ottava controversia dell'alluvione si trattava di vedere, se in agro limitato, quando per caso non era compresa nell' assegnazione la larghezza del piede, nulla si avesse ad immutare nel modulo con fare o non fare alluvione [92]. Nella nona controversia del territorio

(85) Frontinus p. 40; Aggenus. I. p. 52. II. p. 77.
(86) Hyginus *de limit.* p. 198. Vedi § 302, nota 5.
(87) Frontinus p. 40; Hyginus *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 158), Aggenus I. p. 53. II. p. 82. 83.
(88) Vedi nota 68 *supra*.
(89) Frontinus p. 40; Hyginus *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 166-168). Aggenus I. p. 54. II. p. 80-82. 65. 66, *fr.* 7. D. *fin. reg.* (10. 1).
(90) Frontinus p. 41; Aggenus I. 55. II. 66. Cfr. § 251.
(91) Frontinus p. 41; Aggenus I. 56. II. 67, c. 1. C. Th. *fin. reg.* (2. 26).
(92) Frontinus p. 41; Aggenus *de gener. controv.* (*Rhein.

(*territorium*) gli agrimensori dovevano rintracciare i confini del territorio appartenente ad un municipio o ad una colonia[93]. Nella decima dei sussecivi (*subsecivi*)[94], nell'undecima dell'agro pubblico del popolo romano o della città[95], nella duodecima dei terreni rimasti immensurati nell'interno od ai lati delle centurie[96], e nella tredicesima dei luoghi sacri e religiosi eccettuati in ogni tempo dall'assegnazione[97] si trattava di impedire le usurpazioni dei particolari col ristabilimento dei termini. La decimaquarta controversia del corso dell'acqua piovana interessava gli agrimensori nel solo caso che la corrente andasse oltre il confine; così pure nelle cloache[98]. La quindicesima finalmente delle strade era di loro pertinenza soltanto in agro assegnato, dove i limiti servivano a vie pubbliche[99].

738. Di un'altra procedura speciale basterà finalmente che si dia il nome. Era questa la restituzione in intiero, sussidio straordinario, che in date circo-

Museum VII. p. 156-158), AGGENUS I. p. 56. II. p. 69-71. Cfr. § 536.

(93) FRONTINUS p. 41; HYGINUS *de gener. controv.* (*Rhein. Mus.* VII. p. 169), AGGENUS I. p. 57. II. p. 71.

(94) FRONTINUS p. 42; HYGINUS *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 168), AGGENUS I. p. 59. II. p. 68. Vedi § 251. 309.

(95) FRONTINUS p. 42; AGGENUS I. p. 59. 60. II. 72. Cfr. § 251. 309.

(96) FRONTINUS p. 42; AGGENUS I. p. 60. II. p. 73. Vedi § 251.

(97) FRONTINUS p. 42; AGGENUS I. p. 61. II. p. 73.

(98) FRONTINUS p. 43; AGGENUS I. p. 62. II. p. 74.

(99) FRONTINUS p. 43; HYGINUS *de gener. controv.* (*Rhein. Museum* VII. p. 170), AGGENUS I. p. 62. II. p. 75.

stanze indicate nell'editto [100] il maestrato [101], previo esame della cosa [102] senza intervento di giudice, dava contro la lesione [103] patita in un negozio valido a rigor di diritto [104], od in un atto processuale fino ed inclusivamente alla esecuzione [105].

CAPITOLO XIII.

REGOLE PER SCEMAR LE LITI.

739. Varie ordinazioni miravano parte direttamente parte indirettamente alla diminuzione delle liti. Prima fra esse viene la prescrizione dell'azione. Dessa non era dall'antico diritto conosciuta Ma l'editto restrinse ad un anno il termine utile ad introdurre la maggior parte delle azioni per esso promesse [1]. Ancora le azioni di proprietà si videro sottoposte ad una prescrizione [2]. Teodosio secondo finalmente stabilì per ogni specie di azione la prescrizione trentennale [3]; con che anche l'azione effettivamente intentata, ma poi lasciata giacente si rimaneva dopo tren-

(100) *Fr.* 16. § 5. *fr.* 17. 18 D. *de minor.* (4. 4).

(101) *Fr.* 1. 2. D. *de integr. rest.* (4. 1), *fr.* 1. D. *de minor.* (4 4), *fr.* 1. § 1. D. *ex quib. caus. maior.* (4. 6), PAUL. *sent. rec.* I 7. § 1. 2.

(102) *Fr.* 4. D. *de in integr. rest* (4 1).

(103) *Fr.* 16. pr. § 1. 2. 3. D. *de minor.* (4. 4).

(104) GAJUS IV. 57. 125, *fr.* 7. § 4. *fr.* 9. pr. *fr.* 18. § 2. 3. D. *de minor.* (4. 4).

(105) *Fr.* 3. 8. D. *de in integr. rest.* (4. 1).

(1) GAJUS IV. 110. 111.

(2) Vedi § 542.

(3) *C. un.* C. Th. *de act. cert. temp. fin.* (4. 14), pr. J. *de perpet. et tempor. act.* (4. 12).

t'anni[4], a far tempo dall'ultima cognizione[5], o dopo quaranta, secondo un decreto di Giustiniano, prescritta. Ma il disposto del giure antico, secondo il quale, ad estinguere un diritto d'azione bastava che la causa non giungesse a fine dentro un certo tempo benchè tenuta viva[6], fu nella nuova legge ristretto a certi casi[7].

740. Il divieto di comperare oggetti litigiosi tendeva egualmente a prevenire l'accrescimento o l'insidiosa complicazione delle cause. Un editto di Augusto dichiarò nulla una tal compra, e la sottopose inoltre a pena fiscale[8], resa vieppiù grave da Giustiniano[9]. L'alienazione anteriore allo scoppio della lite, per cui la condizione dell'avversario si rendesse più svantaggiosa, era eziandio vietata e produceva un'azione all'interesse[10].

741. Il piatire per oltre il dovuto traeva con se fin dal tempo delle azioni di legge[11] la perdita della cosa. Il simile aveva luogo nella procedura formolare, quando l'azione versasse sopra cosa certa (*certum*); e ciò a motivo della rispondenza formale dell'*intentio* al giudicio (*iudicium*) e di questo alla cosa[12]. Nel diritto ulteriore questo punto fu convertito, salve alcune mutazioni, in precetti penali positivi[13]. Ma a

(4) *C. un.* § 1. C. Th. *de act. certo temp. fin.* (4. 14).
(5) *C.* 9. C. *de præscr. trig. ann.* (7. 39).
(6) Vedi § 690.
(7) Per esempio *c.* 8. C. *de dolo* (2. 21).
(8) *Fragm. de iure fisci* § 8, Gajus iv. 117, *fr.* 1. pr. D. *de iure fisci* (49. 14), *fr.* 1. 2. D. *de litig.* (44. 6).
(9) *C.* 4. C. *de litig.* (8. 37), *nov.* 112. *c.* 1.
(10) *Fr.* 1. 3. § 4. D. *de alien. iudic. mut. caus.* (4. 7).
(11) Cic. *de orat.* i. 36; Plaut. *Mostell.* iii. 1. *v.* 123.
(12) Cic. *pro Rosc. Com.* 4; Gajus iv. 53-55. 57-60. 68; § 33. J. *de act.* (4. 6), Sueton. *Claud.* 14, *fragm. Vatic.* § 53, *Consult. vet. iurisc. c.* 5.
(13) *C.* 1. 2. C. *de plus petit.* (3. 10), § 33. J. *de act.* (4. 6).

vicenda, nello stesso giure antico il piatir per meno o con una sola azione fra più, tutte egualmente lecite, portava danno; avvegnacchè tornando a piatire durante la stessa pretura per ragion del residuo o colle altre azioni, l'attore poteva essere respinto con certe eccezioni [14]. Di questo però nel nuovo diritto non si ha più segno [15].

742. Finalmente parecchie disposizioni di legge avevano per obbietto il litigar temerario [16]. La scommessa unita al sacramento, e più tardi la sponsione penale che aveva luogo in determinati casi, segnatamente negl' interdetti [17], nonchè nelle azioni a *certa credita pecunia* e per un constituto, erano altrettante specie di punizione del piato temerario [18]. Ancora, in certe azioni la disdetta traeva seco la pena del doppio [19], quale disposizione non fu del tutto soppressa nel nuovissimo diritto [20]. Dove poi non occorreva nè sponsione nè multa della qualità oradetta, l'attore poteva pretendere dal convenuto un giuramento di buona fede; la quale formalità ristretta prima alle azioni che riguardavano una cosa semplice [21], venne da Giustiniano resa obbligatoria in tutte [22]. L'infamia che in certe

(14) *Exceptio litis dividuæ* e *litis residuæ*, Gaius iv. 56. 58. 59. 122.

(15) § 34. J. *de act.* (4. 6).

(16) Pr. J. *de pœn. temere litig.* (4. 16).

(17) Gajus iv. 141. 162-167.

(18) Gaius iv. 13. 171 ; Cic. *pro Rosc. Com.* 4. 5.

(19) Gaius iv. 9. 171 ; Paul. *sent. rec.* i. 19. § 1; Cic. *pro Flacco* 21. Vedi per maggiori particolari la dissertazione di C. Sell ne' suoi *Jahrbüchern* ii. 1-64. 175-251.

(20) § 1. J. *de pœn. temere litig.* (4. 16), § 26. J. *de act.* (4. 6), § 7. J. *de obl. quasi ex contr.* (3. 27).

(21) Gajus iv. 172. 173, *fr.* 44. § 4. D. *famil. herc.* (10. 2).

(22) C. 2. pr. C. *de iureiur. propt. calumn.* (2. 59).

azioni seco traeva la sentenza di condanna[23] era più propriamente non il castigo della temerità del piato, ma della viltà di esso[24].

743. Il convenuto però era eziandio tutelato contro l'attore con mezzi analoghi[25]. Egli poteva da questi pretendere un giuramento contro calunnia, o potendo dar prova di vessazione pensata, agir contr'esso col giudicio di calunnia pel decimo, e negl'interdetti pel quarto del valsente litigioso[26]. Questo giudicio cadde più tardi in disuso, ma l'obbligo del giuramento esteso insensibilmente a più azioni[27], venne infine da Giustiniano generalizzato[28]. In luogo di quel giudicio l'antico diritto permetteva d'intentare dopo certe azioni, anco senza prova di pensata vessazione, un *contrarium iudicium* al decimo od al quinto. L'uno e l'altro però, se il giuramento contro calunnia era stato chiesto e prestato, non si ammetteva[29]. Finalmente, tuttavolta che avesse avuto luogo una sponsione penale, il convenuto poteva agire contro l'attore a restipulazione[30].

744. Fra i danni del litigar temerario s'annoverava pure il rimborso all'avversario delle spese di lite.

(23) Cic. *pro Rosc. Amer.* 38. 39, *pro Rosc. Com.* 6, *pro Cæcina* 2. 3.

(24) Gajus IV. 182 § 2. J. *de pœna temere litig.* (4. 16), *fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2).

(25) Gajus IV. 174.

(26) Gajus IV. 175. 176. 178; Dioclet. *in Consult. veter. iurisc. c.* 6.

(27) Per esempio *fr.* 6. § 2. *fr.* 9. § 3. D. *de edendo* (2. 13), *fr.* 5. § 14. D. *de oper. novi nunc.* (39. 1), *fr.* 13. § 3. D. *de damno infect.* (39. 2).

(28) § 2. J. *de pœna temere litig.* (4. 16), *c.* 2. pr. C. *de iureiur. propt. calumn.* (2. 59).

(29) Gajus IV. 177-179.

(30) Gajus IV. 13. 180. 181.

Queste spese andavano sempre a carico della parte soccombente, salvo che si avessero prove evidenti della costei buona fede[32]; ma il giudice poteva sovraimporre un decimo per modo di pena fiscale[33]. In origine la condanna nelle spese non era necessaria[34]; ma più tardi fu resa pei giudici obbligatoria a pena di pagamento in proprio[35]. A scanso di eccessive domande la parcella delle spese doveva essere giurata[36]. Naturalmente in questa parcella cadevano pure le sportule. Ma siccome queste, e più quelle di citazione, da pagarsi dal convenuto in ragione dell'oggetto litigioso, si convertivano in mezzi di cavillo, Giustiniano decretò contro le parcelle eccessive la pena del triplo[37], e in generale una cauzione che dentro due mesi si contesterebbe effettivamente la lite, od altrimenti si pagherebbero in doppio le spese fino allora cagionate[38]. Un'altra costituzione stabilì che per la prossecuzione della causa e pel pagamento delle spese si dovesse prestare una cauzione eguale al decimo dell' ammontare della domanda giudiziale[39].

(31) *Fr.* 79. pr. D. *de iudic.* (5. 1), § 1. J. *de pœna temere litig.* (4. 16).
(32) C. 1. C. Th. *de fruct. et lit. exp.* (4. 18), c. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* (7. 51), c. 13. § 6. C. *de iudic.* (3. 1).
(33) C. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* (7. 51).
(34) C. 1. C. Th. *de fruct. et lit. exp.* (4. 18).
(35) C. 3. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* (4. 18), c. 13. § 6. C. *de iudic.* (3. 1).
(36) C. 13. § 6. C. *de iudic.* (3. 1), *nov.* 82. c. 10.
(37) § 24. J. *de act.* (4. 6), THEOPHIL. IV. 6. § 24.
(38) *Nov.* 36. *præf.* c. 1.
(39) *Nov.* 112. c. 2.

CAPITOLO XIV.

PROCURATORI ED AVVOCATI[1].

745. Al tempo delle azioni di legge il cittadino di regola non poteva star per un altro in giudizio[2]. Nella procedura formolare quest'impedimento cessò, in quanto l'attore comparendo personalmente in tribunale poteva con date parole designar taluno al convenuto come suo rappresentante. Il gerente lite così costituito si diceva Cognitore (*cognitor*)[3]. Costui si annunziava nella contestazione di lite come attore per la causa dell'altro[4]; perciò l'*intentio* si formolava nella persona di quest'ultimo, e la sola *condemnatio* pigliava di mira la persona del cognitore[5]. Ma il giudicato operava direttamente pro e contro il principale, perchè il cognitore non era che un rappresentante di questo[6].

746. Più tardi vennero anche ammessi rappresentanti di altro genere, vale a dire il tutore e curatore, un procuratore costituito senza solennità[7], ed anzi secondo l'opinione di molti un gerente spontaneamente

(1) Bethmann-Hollweg *über Repräsentation im Processe* (*Versuche* p. 138-249).

(2) Gajus iv. 82, pr. J. *de his per quos agere* (4. 10). Non si sa bene, cosa fosse l'eccezione *pro tutela*.

(3) Gajus iv. 83, *Interpr. ad c.* 7. C. Th. *de cognit.* (2. 12), *fragm. Vatic.* § 318. 319; Festus *v. cognitor*, (Ascon.) *in divin.* p. 104. Orell.

(4) Cic. *pro Rosc. Com.* 18.

(5) Gajus iv. 86.

(6) Gajus iv. 97. 98, *fragm. Vatic.* § 317; Paul. *sent. rec.* i. 2. § 4, *c.* 7. C. Th. *de cognit.* (2. 12).

(7) Gajus iv. 82. 84. 85; Paul. *sent. rec.* i. 3. § 1; Festus *v. cognitor*, (Ascon.) *in divin.* 4. p. 104. Orell., *fragm. Vatic* § 335.

astante[8], cosa però non riconosciuta regolare[9], e che non si ammetteva che in date circostanze[10]. L'indirizzo della formola era lo stesso che nel caso precedente[11]. Ma siccome della qualità di un simile rappresentante non si aveva formal contezza di bocca del principale, a rigor di termini egli piativa con proprio rischio; quindi colla contestazione di lite ei si erigeva in certo modo a principale in causa[12], e il giudicato produceva azione od eccezione per lui e contro lui solo, escluso il vero principale[13]. Questo modo però di procedere troppo formalista fu gradatamente modificato. E primieramente alla gestion di lite dei tutori e curatori fu data virtù di dedurre la cosa in giudicio[14], onde il giudicato acquistò effetto pro e contro lo stesso minore[15]. Oltrecciò il procuratore nominato dal

(8) GAJUS IV. 84.

(9) *Fr.* 6. § 12. D. *de neg. gest.* (3. 5), *fr.* 5. § 4. D. *præscr. verb.* (19. 5).

(10) *Fr.* 35. pr. *fr.* 40. § 4. *fr.* 41. D. *de procur.* (3. 3), *fr.* 8. pr. *fr.* 31. § 6. D. *de neg. gest.* (3. 5).

(11) GAJUS IV. 86, THEOPHIL. IV. 10. § 2.

(12) *Fr.* 11. pr. D. *de doli exc.* (44. 4), *fr.* 4. § 5. D. *de appell.* (49. 1), *c.* 22. 23. C. *de procur.* (2. 13). Non così del cognitore: costui rimane anche dopo la contestazione di lite *domini loco*, GAJUS IV. 97; cioè quanto egli fa è come fatto dallo stesso principale. Diversamente opinano BETHMANN-HOLLWEG *Versuche* p. 169, ZIMMERN *Civilprocess.* § 158. 159; PUCHTA *Institutionen* II. 57, i quali fanno anche il cognitore colla litiscontestazione *dominus litis*. Ma l'essere rappresentante del principale, e in pari tempo principale della causa sono due idee tra loro ripugnanti. Lo stesso BETHMANN-HOLLWEG dice: *der Cognitor werde* dominus litis *in geringerem Maasse als der Procurator, weil er den* dominus *vollständiger repräsentire.*

(13) *Fragm. Vatic.* § 317. 332.

(14) *Fr.* 22. D. *de adm. et peric. tut.* (26. 7), *fr.* 17. § 2. D. *de iureiur.* (12. 2).

(15) *Fr.* 2. pr. D. *de adm. et peric.* (26. 7), *fr.* 6. D. *quando ex facto* (26. 9), *fr.* 11. § 7. D. *de exc. rei iud.* (44. 2), *c.* 1. C. *quando ex facto* (5. 39).

principale con dichiarazione data personalmente a protocollo fu pareggiato al cognitore[16]. Finalmente per ogni specie di procuratori[17], non escluso il gerente volontario dopo la ratifica[18], la cosa venne tenuta come dedotta in giudicio validamente, e fu data, non al rappresentante, ma allo stesso principale, l'azione a giudicato. L'uso dei cognitori cessò quindi intieramente[19], e nella compilazione delle Pandette molti passi vennero in questa conformità modificati. Così pure la distinzione tra il procuratore costituito di presenza e quello delegato in assenza fu per molti rispetti cancellata[20].

747. Presentandosi un cognitore in giudicio, la stessa sua qualità rendeva indispensabile una cauzione di ratifica del principale; all'incontro i rappresentanti d'altro genere dovevano porgere una tal cauzione non per altro, salvo perchè, a rigore, il principale avrebbe ancora potuto agire in proprio[21]. I tutori però e curatori, conformemente alla modificazione sopra indicata[22], come anche il procuratore costituito personalmente a protocollo[23], vennero dall'obbligo di malle-

(16) *Fragm. Vatic.* § 317. 331. 332, *c.* 7. C. Th. *de cognit.* (2. 12).

(17) *Fr.* 11. § 7. D. *de exc. rei iud.* (44. 2), *fr.* 28. D. *de procur.* (3. 3). *fr.* 6. § 3. D. *quod cuiusc. univ.* (3. 4), *fr* 86. D. *de solut.* (46. 3).

(18) *Fr.* 56. D. *de iudic.* (5. 1), *fr.* 27. pr. *fr.* 66. D. *de procur.* (3. 3), *fr.* 25. § 2. D. *de exc. rei iud.* (44. 2), *c.* 1. C. *quib. res iud.* (7. 56).

(19) *Tit.* J. *de iis per quos agere* (4. 10).

(20) Ne dà un esempio *fr.* 67. D. *de procur.* (3. 3), comparato coi *fragm. Vatic.* § 328. 332.

(21) Gajus iv. 97. 98, pr. J. *de satisd.* (4. 11).

(22) Gajus iv. 99, *fr.* 23. D. *de adm. et peric.* (26. 7), Theophil. iv. 11. pr., *c.* 1. C. *de procur.* (2. 13).

(23) *Fragm. Vatic.* § 317. 333.

vare esentati. Ond'è che nel nuovissimo diritto il procuratore nominato in assenza ed il gerente causa senza mandato sono i soli che si veggano astretti ad una cauzione di ratifica [24].

748. Come all'azione, così anche alla difesa s'ammisero prima i cognitori, poscia i rappresentanti d'altro genere [25], compreso egualmente il difensore spontaneo [26], e la formola di condanna fu trasformata in conformità [27]. Ma qui pure in origine il giudicato non generava azione contro il principale salvo nel caso di gestione d'un cognitore [28], ed anche più tardi di un procuratore [29] o d'un tutore [30]. A favore del principale il giudicato produceva eccezione anco nel caso di difesa fatta da un difensore senza mandato, perchè con lui era la causa dedotta in giudizio [31]; ma non produceva già un'azione a quello contraria [32].

749. In tutte le difese sostenute da un terzo, si doveva prestar cauzione di esecuzione del giudicato, o dallo stesso principale se la causa era difesa da un cognitore, od altrimenti dal rappresentante [33]. Nel nuovissimo diritto, dove in generale questo caso è il

(24) § 3. J. *de satisd.* (4. 11).
(25) Gajus iv. 82-84.
(26) *Fr.* 33. § 2. D. *de procur.* (3. 3), *fr.* 1. D. *de neg. gest.* (3. 5).
(27) Gajus iv. 87; Theophil. iv. 10. § 2, c. 1. C. *de sentent.* (7. 45).
(28) *Fragm. Vatic.* § 317. 332; Paul. *sent. rec.* i. 2. § 4.
(29) *Fr.* 4. pr. § 2. D. *de re iud.* (42. 1), *fr.* 28. 31. 40. § 2. *fr.* 61. D. *de procur.* (3. 3).
(30) *Fr.* 1. § 2. *fr.* 2. pr. D. *de adm. et per. tut.* (26. 7), *fr.* 7. D. *quando ex facto* (26. 9), *fr.* 15. D. *si quis caut.* (2. 11), *fr.* 4. § 1. D. *de re iud.* (42. 1), c. 1. C. *quando ex facto* (5. 39).
(31) *Fr.* 11. § 7. D. *de exc. rei iud.* (44. 2).
(32) *Fr.* 28. 61. D. *de procur.* (3. 3).
(33) Gajus iv. 101; *fragm. Vatic.* § 317.

solo in cui s'abbia tuttora a prestar quella malleveria[34], si pone una distinzione. Se il principale costituisce di presenza un procuratore, a lui pure incumbe di prestar cauzione; se invece uno si appresenta come difensore per un assente, a lui tocca prestar cauzione[35]. Deve inoltre il rappresentante prestare in certi casi la cauzione di ratifica[36].

750. Del rimanente l'editto designava certe persone cui non era lecito costituire od essere costituite cognitori, e questo divieto fu pure esteso ai procuratori[37]. L'una e l'altra facoltà rimase segnatamente interdetta[38] fino a Giustiniano[39] agli infamati; il quale per contro proibì alle persone di alto rango, siccome cosa disdicevole, di comparire in giudizio personalmente[40].

751. A tempo della repubblica le quistioni dottrinali cadenti in una lite si trattavano da un giureconsulto di elezione (*advocatus*)[41], e le proposizioni ed incumbenti orali da un oratore o patrono richiestone per amicizia o per la celebrità del suo nome[42]. Quest' incombenza era tenuta ad onore; onde la legge Cincia dell'anno 550 vietò ogni specie di rimunerazione[43].

(34) Vedi § 709, nota 34.
(35) § 4. 5. J. *de satisd.* (4. 11). In questo senso il *fr.* 10. D. *iudicat. solvi* (46. 7) è bene interpolato là dove nella prima metà vi era *cognitor* in luogo di *procurator*.
(36) *Fr.* 39. § 5. 6. 7. *fr.* 40 § 2. D. *de procur.* (3. 3), *fr.* 6. D. *ratam rem hab.* (46. 8).
(37) *Fragm. Vatic.* § 322. 323; Gajus iv. 124.
(38) Paul. *sent. rec.* i. 2. § 1, *fragm. Vatic.* § 320. 321. 324.
(39) § 11. J. *de except.* (4. 13), Theophil. iv. 13. § 11.
(40) C. 25. C. *de procur.* (2. 13), *nov.* 71.
(41) Cic. *pro Murena* 12; *Topic.* 17.
(42) (Ascon.) *in divin.* 4. p. 104. Orell., Cic. *pro Quint.* 8, *pro Cluent.* 40, *de orat.* iii. 33.
(43) Tacit. *ann.* xi. 5.

Ma col declinare degli spiriti antichi si converse in occupazione lucrosa, e dopo vani tentativi per mantenere in vigore l'antico diveto fu da Claudio permessa per l'assistenza in una causa la percezione di un onorario sino ai diecimila sesterzi[44]. Regnante Nerone comparvero a tal riguardo nuove disposizioni[45]; ma la suddetta somma fu mantenuta, e conversa più tardi nella correlativa di cento aurei[46]. Spento allora lo splendore dell'eloquenza forense, agli antichi oratori sottentrarono gli avvocati[47]. I giureconsulti di grido cessarono altresì di maneggiar liti, e non si applicarono più che a dare consultazioni e avvisi. Del rimanente il postulare era lecito a chicchessia, fuor di certe persone dichiarate dall'editto incapaci, fra cui le donne e gli infamati[48], non che di quelle cui il maestrato interdicesse in pena lo avvocare[49]. Ma più tardi quest'istituto fu ordinato con maggior artifizio. Per ogni tribunale non si ammise più che un dato numero[50] di avvocati, de' quali fossero provati gli onesti natali, un corso di studi ed il sapere[51]; e i soprannumerarii dovevano aspettare[52].

(44) Dio Cass. liv. 18; Tacit. *ann.* xi. 6. 7.
(45) Tacit. *ann.* xiii. 5. 42; Sueton. *Nero* 17.
(46) Plinius v. 21, *fr.* 1. § 10-13. D. *de extr. cognit.* (50. 13). Eranvi però ancora taluni, che gratuitamente stavano per altri in giudizio, Plinius v. 14; Lamprid. *Alex. Sever.* 44.
(47) *Causidici, advocati, patroni*, Tacit. *de caus. corr. eloq.* 1, *fr.* 1, § 4. D. *de postul.* (3. 1).
(48) *Fr.* 1. pr. § 1. 3. 5. 6. 7. 8. 11. D. *de postul.* (3. 1).
(49) *Fr.* 9. pr. § 1-8. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 6. § 1. *fr.* 8. D. *de postul.* (3. 1).
(50) C. 2. C. Th. *de postul.* (2. 10), c. 8. 11. 13. pr. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), c. 3. 5. pr. c. 7. pr. C. *de adv. div. iudicum* (2. 8). La c. 1. C. Th. *de postul.* (2. 10) fu transitoria.
(51) C. 11. § 1. c. 17. pr. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), c. 3. § 4. c. 5. § 4. C. *de adv. div. iudic.* (2. 8).

Gl'immatricolati formavano un collegio con diritti di corpo[53] e parecchi privilegi personali[54], soggetti però, quanto ai doveri del proprio ufficio, a disciplina particolare[55]. A un tal collegio venne associata la carica di avvocato del fisco[56] creata da Adriano. Presso il tribunale del prefetto d'Oriente questa carica apparteneva ai due seniori del collegio, i quali dopo un anno salivano a dignità maggiori[57]; e presso gli altri tribunali ad un solo, che dopo due anni di esercizio saliva egualmente d'impiego[58].

(52) *C.* 11. § 1. *c.* 13. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), *nov.* THEODOS. *tit.* x. *de postul c.* 1.
(53) *C. un.* C. *de incert. pers.* (6. 48).
(54) *C.* 3. 6. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), *nov.* THEODOS. *tit.* x. *de postul. c.* 1.
(55) *C.* 7 § 2. 3. *c.* 9. C. *de adv. div. iud.* (2. 8), *c.* 12. C. *de except.* (8. 36), *c.* 13. § 9. C. *de iudic.* (3. 1), *c.* 5. 7. C. *de postul.* (2. 6), *c.* 4. C. Th. *de postul.* (2. 10).
(56) Vedi § 704.
(57) *C.* 8. 10. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), *c.* 4. § 1. C. *de adv. div. iudic.* (2. 8).
(58) *C.* 12. 13. 16. C. *de adv. div. iudicior.* (2. 7), *c.* 1. 3. 5. C. *de adv. div. iudic.* (2. 8).

LIBRO QUINTO

DELITTI E PENE[1]

CAPITOLO I.

PRINCIPII GENERALI.

752. Ne' primi tempi quando gli ordini politici, avevano un nesso strettissimo colla religione, il diritto penale era informato dello stesso spirito. Fermo nella credenza, che il delitto tragga seco maledizione e sterminio sul colpevole, i suoi averi, la sua schiatta e il popolo intiero[2], il comune cercava ne' gravi

(1) W. Rein *das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Iustinianus.* Leipz. 1844.—*Adde.* Féréol Riviere *Esquisse historique de la législation criminelle des Romains.* Paris 1844. Questo libro, benchè uscito nello stesso anno di quello del Rein, gli è però di molto inferiore. E noi lo citiamo più per rendere omaggio ai tentativi che ora si vanno facendo anche in Francia onde rimettere in onore cotesti studi, che per vantaggio che ne venga alla scienza. L'opera dello scrittore francese, pregevole d'altronde per conscienziosità di ricerche, non eguaglia a gran pezzo la sagacità di critica e la copia di fatti mostrate tanto dal Rein che dal nostro Autore. *Nota del Trad.*

(2) Vegoia *apud* Goes. p. 258. *Qui contigerit moveritque possessionem, promovendo suam, alterius minuendo, ob hoc scelus damnabitur a Diis. Si servi faciant, dominio mutabuntur in deterius. Sed si conscientia dominica fiet, celerius domus extirpabitur, gensque eius omnis interiet. Motores autem pessimis morbis et vulneribus afficientur, membrisque suis debilitabuntur. Tum etiam terra a tempestatibus vel turbinibus plerumque labe movebitur. Fructus sæpe lædentur decutienturque*

delitti di espiarli con pene od altri mezzi straordinarii[3]. Allo stesso principio si riferiva la pena di morte. Le leggi immolavano il capo colpevole agli Dei[4], sì che il maestrato poteva far appendere il delinquente all'albero sacrato agli spiriti delle tenebre[5], ed ogni cittadino metterlo impunemente a morte[6]; ma i suoi beni si consumavano in sacrifizi e supplicazioni[7]. Però, fuor di questi v'erano pur misfatti, ne' quali il castigo mirava soltanto a contentar l'offeso, cui era dato perciò un taglione[8].

753. Le leggi delle dodici tavole porsero al diritto penale un'altra e più sicura base. Elle distinsero i delitti più gravi, e parte li punirono con multa applicanda all'offeso, parte con pena pubblica, pochi tuttavia con quella di morte[9]. E di quì ebbe vita coll'esplicarsi del diritto la divisione in *delicta privata* e *crimina publica*[10]. I primi davano origine ad un rapporto obbligatorio prosseguibile davanti ai tribunali civili ordinarii; i secondi ad un'accusa presso il corpo de'cittadini. I primi erano, al pari di altre parti del gius privato, materia delle disposizioni dell'editto pretoriano; i secondi non dipendevano che dalla legge. Quindi in sul finire della repubblica, quando il de-

imbribus atque grandine, caniculis interient, robigine occidentur, multæ dissensiones in populo fient.

(3) Liv. I. 26. Dionys III. 22; Tacit. *ann.* XII. 8.

(4) Festus *v. aliuta, plorare, sacratæ, termino*, Dionys. II. 10. VI. 89; Liv. II. 8. III. 55.

(5) *Infelici arbore*, Liv. I. 26; Plin. *hist. nat.* XVIII. 3.

(6) Dionys. II. 10. VI. 89.

(7) Servius *ad Æn.* I. 632; Festus *v. Sacratæ*, Liv. II. 8. III. 55; Dionys. VIII. 79. X. 42.

(8) Festus *v. Talionis*, Gajus III. 223.

(9) Cic. *de re publ.* IV. 10.

(10) *Fr.* 17. § 18. D. *de ædil. edict.* (21. 1).

clinar de' costumi e la caduta degli antichi instituti resero necessaria una radicale riforma del diritto penale, essi diventarono l'oggetto di tutta l'attenzione dei riformatori dello Stato. Lunghi plebisciti emanarono sopra le qualità più gravi di misfatti, per ciascun de' quali fu altresì creato un tribunale permanente, e divisata per minuto la procedura e il grado di pena. Cotali furono le leggi Corneliane di Silla, quelle di Pompeo e le Giulie di Cesare ed Ottaviano. Le accuse ordinate con siffatte leggi davanti a tribunali permanenti furono da quell'ora considerate come il processo normale; e diventò un contrapposto l'*extra ordinem quærere*, dove giudicava lo stesso popolo od una commissione instituita per ciascun caso[11].

754. Sotto gl' imperatori le vecchie corti giudiziarie disparvero per far luogo ad altre autorità e a diverso procedimento. Ma le antiche leggi continuarono ad essere la base tanto della criminalità che del castigo[12], e le sole accuse penali che s'intentavano all'appoggio di queste leggi erano dette *iudicia publica*[13]. Molti furono certamente gli atti che, dalle leggi non contemplati, vennero da rescritti imperiali e dalla giurisprudenza incriminati e fatti passibili di pena per via d'azion penale[14]. Ma codesti delitti, a differenza de' precedenti, si dicevano *extraordinaria crimina*[15] od anche *privata crimina*[16]. Nel

(11) Vedi *infra* cap. VI. nota 6.
(12) *Fr.* 8. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 15. § 1. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16).
(13) *Fr.* 1. D. *de publ. iudic.* (48. 1).
(14) *Fr.* 1. 2. pr. D. *expil. hered.* (47. 19), *fr.* 3. D. *de priv. delict.* (47. 1).
(15) *Tit.* D. *de extraord. crimin.* (47. 11).
(16) *Fr.* 1. § 3. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 3. D. *de extr. crim.*

punirli il giudice aveva generalmente larga balìa[17], e poteva benanco pronunciare la pena di morte[18]. Ma anche ne' delitti ordinarii l'arbitrio giudiziale nel misurare la pena prese allora un vasto campo[19].

755. Coll'andar del tempo varii delitti privati vennero egualmente parte da leggi, parte in via straordinaria colpiti di pena pubblica[20]. L'attore allora aveva la scelta tra l'azion privata e l'accusazione[21]. Se però già aveva chiesto la punizione in un senso, non poteva più fare istanza in altro senso[22]; e di regola ad una pena privata non si poteva aggiungere una pena straordinaria[23]. La prossecuzione dell'azion civile contemporaneamente alla criminale era però lecita[24]; come illecita tornava d'altra parte l'istanza penale per un atto contemplato come delitto privato, se più propriamente l'atto aveva sembianza di un delitto pubblico d'altro genere[25].

(47. 11), *fr.* 2. D. *de concuss.* (47. 13), *fr.* 2. D. *de abig.* (47. 14), *fr.* 3. D. *de prævar.* (47. 15), *fr.* 1. D. *de stellion.* (47. 20), *fr.* 1. D. *de publ. iudic.* (48 1).

(17) *Fr.* 1. § 1. 2. D. *de effract.* (47. 18), *fr.* 3. § 2. D. *stellion.* (47. 20), *fr.* 8. § 2. D. *de relig.* (11. 7), *fr.* 4. D. *de custod. reor.* (48. 3), c. 3. C. *de his qui accus.* (9. 1).

(18) *Fr.* 9. D. *de extraord. crim.* (47. 11).

(19) *Fr.* 11. pr. *fr.* 13. D. *de pœn.* (48. 19).

(20) Ne danno esempi *fr.* 92. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 5. pr. § 9. 10. *fr.* 45. D. *de iniur.* (47. 10), § 10. J. *de iniur.* (4. 4).

(21) *Fr.* 3. D. *de priv. delict.* (47. 1), *fr.* 92. D. *de furt.* (47. 2).

(22) *Fr.* 6. D. *de iniur.* (47. 10), *fr.* 4. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 2. § 1. D. *de vi bon. rapt.* (47. 8).

(23) *Fr.* 56. § 1. D. *de furt.* (47. 2). Reca un'eccezione il *fr.* 9. § 5. D. *de public* (39. 4).

(24) *C. un.* C. *quando civil. act.* (9. 31), c. 3. 4. C. *de ord. iudic.* (3. 8).

(25) *Fr.* 7. § 1. D. *de iniur.* (47. 10).

CAPITOLO II.

DELITTI PRIVATI.

756. Al tempo della perfetta giurisprudenza i Romani chiamavano delitti privati il furto, la rapina, l'ingiuria e il danno disonestamente recato (*damnum iniuria datum*). Questa lista però non era compiuta[1]; altronde varii casi cadenti nel novero dei delitti privati vogliono essere per attinenza di materia quì registrati, i quali nonpertanto erano puniti con pena pubblica.

757. Il furto non poteva cadere che sopra cose mobili e fra persone soggette a podestà[2]. L'opinione di Sabino che anche gli stabili si potessero furare non venne approvata[3]. In ordine alla punizione, le dodici tavole già contenevano minute disposizioni. Anzitutto si distingueva tra *furtum manifestum* e *nec manifestum*. Il primo, secondo l'opinione più vera, era quello, ove il ladro era colto sul luogo medesimo del reato[4]. In questo caso le dodici tavole recavano che il ladro fosse frustato e addetto come schiavo al derubato. Ma l'editto converse questa pena in una multa del quadruplo. Il *furtum nec manifestum* era dalle dodici tavole punito con una multa del doppio, e a questa disposizione s'attenne anche l'editto[5]. Ma fuori di

(1) Gajus iii. 182, pr. J. *de obl. quæ ex del.* (4. 1).
(2) Gajus ii. 51; Gellius xi. 18.
(3) Gajus iii. 199.
(4) Gajus iii. 183-185; § 1-3. J. *de obl. quæ ex del.* (4. 1), *fr.* 3-8. D. *de furt.* (47. 2).
(5) Gajus iii. 189. 190. iv. 111. 173, § 5. J. *de obl. ex del.* (4. 1), Gellius xi. 18; Theophil. iv. 12. pr.

ciò si poteva ancora agire colla *condictio furtiva* contro il ladro a restituzione della cosa o del suo valore[6], o proporne al modo ordinario la vindicazione[7], contro la quale nè per le stesse dodici tavole, nè per la legge Atinia l'acquisitore innocente aveva il rifugio dell'usucapione[8]. Trattandosi di uno denunziato dal derubato pel ladro, le dodici tavole consentivano a questi la perquisizione domiciliare; la quale facendosi a corpo nudo senz'altro che un cingolo ed un piatto, il furto così scoperto (*furtum per licium et lancem conceptum*) era punito come *furtum manifestum*[9]. Trattandosi d'uno presso cui si fosse cercata e trovata la cosa nel modo ordinario davanti a testimonj, tanto le dodici tavole che l'editto davano contro lui, benchè non fosse il ladro, l'*actio furti concepti* al triplo[10]; ma il medesimo poteva poi, se innocente, agire pel triplo coll'*actio furti oblati* contro chi gli aveva insidiosamente fatto recapitare la cosa[11]. Però la legge delle dodici tavole non aveva contemplato il caso, che uno non permettesse la perquisizione in casa sua. Imperò l'editto diè in proposito l'*actio furti prohibiti* al quadruplo[12], non che un'*actio furti non exhibiti* contro colui che si rifiutasse alla consegna della cosa trovata[13]. Ma più tardi le

(6) Vedi § 560

(7) Paul. *sent. rec.* II. 31; § 13; § 19. J. *de obl. ex del.* (4. 1), *fr.* 54. § 3. D. *de furt.* (47. 2).

(8) Gajus II. 45. 49. 50; Gell. XVII. 7, § 2. J. *de usuc.* (2. 6).

(9) Gaius III. 192-194; Gellius XI. 18. XVI. 10; Festus *v. Lance*, *Glossa Turin* no. 466.

(10) Gaius III. 186. 191. IV. 173.

(11) Gaius III. 188. 192-194, § 4. J. *de obl. ex del.* (4. 1).

(12) Gajus III. 187. 191. IV. 173; Paul. *sent. rec.* II. 31. § 3. 5. 14.

(13) § 4. J. *de obl. ex del.* (4. 1).

azioni per *furtum conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* e *non exhibitum* caddero in disuso, e il ricettatore sciente venne trattato come il *fur nec manifestus*[14]. Nel resto le dodici tavole ammettevano il diritto domestico di ammazzare il ladro colto in flagrante; di notte, senza restrizione, di giorno, quando si difendesse con un'arma[15]. Ma più tardi questo diritto fu temperato e ristretto ai casi di urgente necessità[16].

758. Oltre a queste disposizioni penali n'erano varie altre relative a furti di qualità particolare. Chi aveva scientemente adoperato nella sua casa o vigna il materiale altrui, poteva essere, giusta le dodici tavole, azionato al doppio[17]. Il pascolo furtivo o la mietitura dell'altrui grano di notte tempo era dalle medesime punito colla strangolazione[18]. Pene straordinarie minacciavano pure l'abigeato o furto di bestiame[19] (contro cui esisteva in Italia un proprio sistema di assicurazione[20]), il furto in bagni pubblici[21], i direttarii ossia coloro che destramente s'insinuavano nelle altrui stanze con mire di furto[22], il furto con

(14) § 4. J. *de obl. ex del.* (4. 1).

(15) *Fr.* 4. § 1. D. *ad. l. Aquil.* (9. 2), *fr.* 54. § 2. D. *de furt.* (47. 2), Macrob. *Saturn.* I. 4; Cic. *pro Tullio* 47-50.

(16) *Collat. leg. Mos.* VII. 2. 3, *fr.* 9. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(17) Festus *v. Tignum*, *fr.* 1. D. *de tigno* (47. 3), § 29. J. *de rer. div.* (2. 1).

(18) Plinius *hist. nat.* XVIII. 3.

(19) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de abigeis* (47. 14), *Collat. leg. Mos.* XI. 2-8; Paul. *sent. rec.* V. 18, c. 1. C. *de abig.* (9. 37).

(20) C. 1-5. C. Th. *quib. equor. usus* (9. 30).

(21) *Fr.* 1. 3. D. *de furib. balnear.* (47. 17); Paul. *sent. rec.* V. 3. § 5.

(22) *Fr.* 7. D. *de extr. crim.* (47. 11), *fr.* 1. § 2. D. *de effract.* (47. 18), Paul. *sent. rec.* V. 4. § 8.

sfascio[23] o pien saccheggio[24], il predamento secondo un decreto di Marco Aurelio di un'eredità vacante[25], il furto nelle zecche imperiali[26], e i ladri notturni o che si difendevano a mano armata[27]. In ultimo il furto fu generalmente e nella più gran parte de'casi punito in via straordinaria[28], salvochè Giustiniano abolì la pena nel capo o nelle membra[29]. È da notare che un tenue furto domestico operato da schiavi, libertini o lavoranti a giornata non dava azione furtiva[30].

759. Ad emanare un editto contro la rapina fu primo il pretore M. Lucullo, che volendo por freno ai disordini sorti durante le turbolenze civili, minacciò della pena del quadruplo i danni recati colla violenza da frotte armate[31]. Il senso di quest'editto fu più tardi ampliato, sì che ogni danno inferto colla violenza, benchè da un sol uomo, o recato da una turba, benchè senza violenza o senza uso d'armi[32], ed ogni rapina, quantunque non operata da una turba d'uomini[33], andò in esso compreso. La pena del quadruplo si

(23) *Fr.* 1. D. *de furib. baln.* (47. 17), *fr.* 1. § 2. *fr.* 2. D. *de effractor.* (47. 18).
(24) *Fr.* 1. § 1. D. *de effract. et expilat.* (47. 18), *fr.* 16. § 6. D. *de pœn.* (48. 19).
(25) *Fr.* 1. 2. 3. 5. D. *expil. hæred.* (47. 19), *c.* 6. C. *de crim. expil. hæred.* (9. 32).
(26) *Fr.* 6. § 1. 2. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13), *fr.* 38. pr. D. *de pœn.* (48. 19).
(27) *Fr.* 1. 2. D. *de furib. baln.* (47. 17), *Collat. leg. Mos.* VII. 4.
(28) *Fr.* 92. D. *de furt.* (47. 2).
(29) *Nov.* 134. *c.* 13.
(30) *Fr.* 89. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 11. § 1. D. *de pœn.* (48. 19).
(31) Cic. *pro Tull.* 7-12.
(32) *Fr.* 2. pr. § 6. 7. 9. D. *vi bon. rapt.* (47. 8).
(33) *Fr.* 2. pr. § 11. D. *vi bon. rapt.* (47. 8).

mantenne[34], ma prevalse l'opinione che nella medesima si dovesse pur computare la cosa[35]. In luogo però di cotest'azione poteva eziandio proporsi l'azion furtiva, l'azione della legge Aquilia, una dinunzia (*condictio*) o vindicazione[36], e sugli effetti rapiti come sui rubati era esclusa secondo la legge Giulia e Plauzia l'usucapione[37]. La rapina e il danno dato durante un incendio od altro simile sinistro vennero eziandio dall' editto minacciati della pena del quadruplo[38], e più tardi di una pena criminale straordinaria[39].

760. Quanto alle ingiurie le dodici tavole recavano le seguenti disposizioni. L'autore di discorsi e invenzioni oltraggiose sparse in pubblico doveva[40], come sembra, essere bastonato a morte[41]; i mali trattamenti sino alla rottura di un membro, se non interveniva composizione, erano puniti col taglione; le lesioni d'ossa sopra liberi con multa di trecento, sopra schiavi di cencinquanta assi[42]. Tutte le altre ingiurie con multa

(34) GAJUS III. 209, *c.* 2. 3. 4. C. *vi bon. rapt.* (9. 33).
(35) GAJUS IV 8, pr J. *de vi bon. rapt.* (4. 2).
(36) *Fr.* 80 § 3. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 1. 2. § 10. 26. D. *vi bon. rapt.* (47. 8).
(37) GAJUS II. 45. 49, § 2. J. *de usuc.* (2. 6).
(38) *Fr.* 1. pr. D. *de incendio* (47. 9), PAUL. *sent. rec.* V. 3. § 2.
(39) *Fr.* 4. § 1. D. *de incendio* (47. 9), *fr.* 1. § 1. 2. D. *ad l. Jul. de vi priv.* (48. 7).
(40) CIC. *de re publ.* IV. 10, *Tuscul. disput.* IV. 2. PAUL. *sent. rec.* V. 4. § 6, ARNOB. *adv. gent* l b. IV. i. f., PORPHYRIO *in* HORAT. *Sat.* II. 1. *v.* 81; ACRON. *in* HORAT. *Sat.* II. 1. *v.* 86; FESTUS *v. Occentassint.*
(41) CORNUTUS *in* PERS. *Sat.* I. 137; PORPHYRIO *in* HORAT. *Sat.* II 1. *v.* 154; AUGUSTIN. *in civit. Dei* II. 12.
(42) PAUL. *sent. rec.* V. 4. § 6; GELLIUS XX. 1; FESTUS *v. Talionis*, GAJUS III. 223; PAULUS *in Collat. leg Mos.* II. 5. L'ultimo passo, su cui pel rimanente è da guardare il testo di Blume in luogo dell'anteriore, reca sesterzi invece di assi.

di assi venticinque[43]. Ma col mutar de' costumi e del valor del danaro queste disposizioni apparvero insufficienti. Per lo che l'editto rimise nell'attore con una clausola relativa in genere all'azione d'ingiurie[44] l'estimo del torto sofferto, e trattandosi d'ingiurie gravi lo stesso pretore ne assunse l'estimo[45]. Nel novero di queste ingiurie, e ad esempio delle dodici tavole, furono posti gli strapazzi gravi e le fratture di un membro[46]. L'editto inoltre incriminò il convicio[47], ossia l'oltraggio lanciato pubblicamente contro una persona[48], lo appellare a donne onorate o condurne via gli accompagnatori[49], e finalmente tutto che torni a detrimento dell'altrui buon nome[50]. Ma col progredire della giurisprudenza non solamente le offese fatte per diretto all'onore ed estimazione dovuta ad ogni onesto cittadino, ma generalmente ogni atto che al sentimento appare una violazione arbitraria del diritto e della personalità di un altro venne compreso, qualora non avesse i caratteri di un determinato delitto, fra le ingiurie, e fatto sorgente di azion privata[51].

(43) GELLIUS XX. 1; GAJUS III. 223; PAULUS *in Collat. leg. Mos.* II. 5. L'ultimo però dice egualmente sesterzi invece di assi.

(44) *Fr.* 15. § 26. D. *de iniur.* (47. 10).

(45) PAULUS *in Collat. leg. Mos.* II. 6; PAUL. *sent. rec.* V. 4. § 7; GAJUS III. 224, *fr.* 7. pr. D. *de iniur.* (47. 10).

(46) *Fr.* 7. § 8. *fr.* 8. D. *de iniur.* (47. 10), GAJUS III. 225; *Collat. leg. Mos.* II. 2, § 9. J. *de iniur.* (4. 4).

(47) *Fr.* 15. § 2-10. D. *de iniur.* (47. 10).

(48) *Fr.* 15. § 11. 12. D. *de iniur.* (47. 10), FESTUS *v. Occentassint*, THEOPHIL. IV. 4. § 1.

(49) *Fr.* 15. § 15-23. D. *de iniur.* (47. 10). Chiaro è che questo commentario poggia sopra un passo dell'editto.

(50) *Fr.* 15. § 25-33. D. *de iniur.* (47. 10). Ne dà la formola PAULUS *in Collat. leg. Mos.* II. 6.

(51) CIC. *pro Cæcina* 13. (12), *fr.* 11. § 9. *fr.* 13. § 7. *fr.* 15. pr. *fr.* 22. 23. 24. D. *de iniur.* (47. 10), *fr.* 27. § 28. *fr.* 41

Frattanto la soverchiante licenza de' costumi necessitava per certe qualità d'ingiurie disposizioni più ancora severe. Quindi è che una legge Cornelia, non quella *de sicariis*[52], ma una propria *de iniuriis*[53], diede in tre casi, cioè financo per urti, percosse ed intrusioni violente nella casa di un altro[54], un accusa penale[55], non esercibile tuttavia da altri che dall'interessato[56]. Fu inoltre specialmente punita la composizione e diffusione di uno scritto infamante[57]. Un senatoconsulto colpì eziandio di pena criminale l'autore, venditore o spargitore di versi, epigrammi od immagini ingiuriose[58]. Le costituzioni imperiali dell' età ulteriore trascorsero sino a decretare la pena di morte per libelli anonimi, denunciatori di supposti delitti[59]; e fu introdotta per molti casi una punizione straordinaria[60]. Ma anche la trattazione degli altri

pr. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), *fr.* 1. § 38. D. *deposit.* (16. 3), *fr.* 25. D. *de act. emti* (19. 1), *fr.* 2. § 9. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8), *fr.* 21. § 7. D. *de furt.* (47. 2).

(52) Come sostiene Baiter in Orelli *index legum*.

(53) Vedi Rein *Röm. Criminalrecht* p. 370.

(54) *Fr.* 5. pr. § 1-8. D. *de iniur.* (47. 10), Paul. *sent. rec.* v. 4. § 8, § 8. J. *de iniur.* (4. 4).

(55) *Fr.* 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2). A torto affermano altri che quella legge ha soltanto instituito un' azione privata; così Ferrat. *epist.* I. 15.

(56) *Fr.* 42. § 1. D. *de procur.* (3. 3).

(57) *Fr.* 5. § 9. D. *de iniur.* (47. 10). È dubbio cosa significhino qui le parole *ex lege*. Esse non possono riferirsi alle dodici tavole, e neppure alla *lex Cornelia* dianzi menzionata, poichè questa discorreva soltanto delle tre specie di ingiurie corporali. Forse convien leggere *ex SC.*; la qual lezione concorderebbe a capello coi passi infra citati.

(58) *Fr.* 5. § 10. 11. *fr.* 6. D. *de iniur.* (47. 10), *fr.* 18. § 1. D. *qui testam.* (28. 1), Paul. *sent. rec.* v. 4. § 15.

(59) *C.* 1. 7. 9. 10. C. Th. *de famos. libell.* (9. 34), *c.* 1. C. J. *de famos. libell.* (9. 36).

(60) Paul. *sent. rec.* v. 4. § 4. 5. 11. 13. 14. 16. 17. 21, *fr.* 1. § 1. D. *de extr. crim.* (47. 11).

casi contemplati nell'editto, nella legge Cornelia e nel senatoconsulto divenne più arbitraria. La scelta tra l'azion civile ed un'accusa penale fu in allora sempre libera[61], e nel secondo caso la qualità della pena veniva determinata in via straordinaria ad arbitrio del giudice[62]. Del resto l'azione ad ingiuria, benchè in via puramente civile, fruttava pel condannato l'infamia[63]; motivo per cui l'istanza data per spirito di vessazione era severamente punita[64].

761. Le dodici tavole[65] ed altre leggi posteriori contenevano già sopra l'indennità dovuta per danni ingiustamente recati varie disposizioni, che poi rimasero colla legge Aquilia abolite[66]. Questa legge si componeva di tre capitoli. Nel primo si stabiliva contro l'uccisione di uno schiavo o di un quadrupede addetto alla campagna, sia che pensata od avvenuta per negligenza, l'indennità del valor massimo che la cosa aveva avuto nell'ultimo anno[67]. Nel secondo, caduto più tardi in disuso[68], si provvedeva contro l'astipulatore che ritenesse il ricevuto[69]. Nel terzo era compreso ogni altro caso di danno ingiustamente recato, e si fissava a base dell'indennità il valor della cosa duranti gli

(61) *Fr.* 6. 7. § 6, *fr.* 37. § 1. D. *de iniur.* (47. 10), § 7. 10. J. *de iniur.* (4. 4).

(62) *Fr.* 45. D. *de iniur.* (47. 10), § 10. J. *de iniur.* (4. 4), PAUL *sent. rec.* V. 4. § 7. 8. Onde anche nelle Pandette non è indicata la pena che fissò la *lex Cornelia* e il senatoconsulto.

(63) *Fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2), PAUL. *sent. rec.* V. 4. § 9.

(64) *Fr.* 43. D. *de iniur.* (47. 10).

(65) FESTUS *v. Rupitias, Sarcito.*

(66) *Fr.* 1. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), THEOPHIL. IV. 3. § 15.

(67) *Fr.* 2. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), GAJUS III. 210-214, pr. § 1-11. J. *de l. Aquil.* (4. 3).

(68) GAJUS III. 215. 216.

(69) *Fr.* 27. § 4. D. *ad. l. Aquil.* (9. 2), § 12. J. *de l Aquil.* (4. 3).

ultimi trenta giorni, ossia il suo valor massimo [70]. Ma propriamente la legge non si riferiva che al danno causato col corpo ad un corpo. Quindi, mancando il primo elemento, non si dava che un'azione in fatto plasmata sulla legge Aquilia [71], e mancando anche il secondo, un' azione a indennità per mero fatto [72]. Del resto nelle azioni derivanti da questa legge il niego traeva seco la pena del doppio [73].

762. Varie qualità di danni erano governate da prescrizioni particolari. Il taglio clandestino di piante altrui era punito dalle dodici tavole con una multa per ciascuna pianta di venticinque assi [74], dall' editto con un'indennità del doppio [75]; e talvolta aveva luogo una pena afflittiva [76]. Chi aveva recato danno approfittando di un tumulto poteva essere convenuto secondo l'editto al doppio, e punito per le offese personali in via straordinaria [77]. Il danno recato da un animale si doveva rifare, già per disposto delle dodici tavole [78] come anche a tenore di una legge Pesula-

(70) *Fr.* 27. § 5. *fr.* 29. § 8. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), Gajus III. 217. 218, § 13-15. J. *de l. Aquil.* (4. 3).

(71) Gajus III. 219. Ne danno esempi Gaius III. 202, *fr.* 7. § 3. 6. *fr.* 9. pr. § 2 *fr.* 29. § 7. *fr.* 53. D. *ad. l. Aquil.* (9. 2), *fr.* 11. D. *præscr. verb.* (19 5).

(72) § 16. J. *de l. Aquil.* (4. 3), *fr.* 33. § 1. *ad l. Aquil.* (9. 2).

(73) *Fr.* 2. § 1. D. *ad l. Aquil.* (9. 2), Gaius IV. 171.

(74) Plinius *hist. nat.* XVII. 1, *fr.* 1. 11. D. *arbor. furt. cæs.* (47. 7), Gajus IV. 11.

(75) *Fr.* 7. § 7. *fr.* 8. pr. D. *arbor. furt. cæs.* (47. 7).

(76) *Fr.* 2. D. *arbor. furt. cæs.* (47. 7), Paul. *sent. rec.* V. 20 § 6.

(77) *Fr.* 4. D. *vi bonorum rapt.* (47. 8), Paul. *sent. rec.* V. 3. § 1.

(78) *Fr.* 1. 4. D. *si quadrupes* (9. 1), pr. J. *si quadrupes* (4. 9).

nia[79], dal proprietario, siccome quello che non poteva essere immune da colpa benchè remota; ed o con danaro o coll'abbandono dell'animale. Le dodici tavole davano inoltre azione contro chi aveva condotto il suo bestiame a pascolo sul fondo di un altro[80]. Più rigide azioni sanciva l'editto edilizio contro colui che in vicinanza d'una strada pubblica aveva tenuto un animale ringhioso e con esso causato un danno[81]. Disposizioni analoghe racchiudeva l'editto contro l'abitante della casa, dalla quale col versare o buttar via era stato inferto un danno a un altro[82]. Per fine, se un figlio di casa od uno schiavo aveva commesso un delitto od altrimenti recato un danno, il padre od il padrone doveva o sostener l'azione o risegnare il colpevole[83]. Questo era già in parte il disposto delle dodici tavole, cui poscia aderirono la legge Aquilia e l' editto[84]. Se più schiavi avevano preso parte a un furto, conveniva che il padrone esibisse quel tanto che si avrebbe avuto a pagare, quando il furto fosse stato commesso da un sol uomo libero[85].

763. Fra i delitti privati cadevano inoltre i seguenti casi. I giuochi di puro azzardo erano per legge[86] parimente puniti del quadruplo[87]. L'editto cercava pure

(79) PAUL. *sent. rec.* I. 15. § 1. 3.
(80) *Fr.* 14. § 3. D. *præscr. verb.* (19. 5), PAUL. *sent. rec.* I. 15. § 1.
(81) *Fr.* 40. § 1, *fr.* 41. 42. D. *de ædil. edict.* (21. 1), PAUL. *sent. rec.* I. 15. § 2; § 1. J. *si quadrupes* (5. 9).
(82) *Fr.* 1. pr. § 1-6. *fr.* 5. § 5. D. *de his qui effud.* (9. 3), § 1. 2. J. *de obl. quæ quasi ex del.* (4. 5).
(83) Vedi § 449. 515
(84) *Fr.* 2. § 1. D. *de noxal. act.* (9. 4), GAJUS IV. 76, *fr.* 1. pr. *fr.* 5. § 6. D. *de his qui effud* (9. 3).
(85) *Fr.* 1. 2. D. *si familia furtum* (47. 6).
(86) CIC. *Philipp.* II. 23.
(87) (ASCON.) *in divin.* 7. p. 110. Orell.

di combatterli indirettamente[88]. Però una legge Tizia, Publicia e Cornelia ed un senatoconsulto non nominato permettevano la scommessa nei ludi ginnastici[89]. La stessa distinzione fu fatta nella costituzione di Giustiniano, salvochè alla pena del quadruplo egli sostituì la semplice restituzione del perduto[90]. Contro le estorsioni e violenze de' pubblicani l'editto dava un'azione al doppio[91], cui si poteva aggiungere una punizione straordinaria[92]. Chi aveva preso danaro per tener in sospeso od abbandonare un'altrui lite incorreva secondo l'editto nell'azione al quadruplo[93], e più tardi in una pena straordinaria[94]. Finalmente chi voleva farsi giustizia colle proprie mani era punito in forza di un rescritto di Marco Aurelio colla perdita delle sue ragioni, o se non aveva la proprietà della cosa, colla restituzione della medesima e rimborso del suo valore[95].

764. Fra i delitti privati e i pubblici tengono in certa maniera il mezzo i casi dell' azione popolare, la quale consisteva nella prossecuzione di certe trasgressioni di polizia. Noi vogliam dire che a vece di far procedere direttamente dal magistrato, la legge calcolava sull'interesse degli stessi cittadini per la cosa pubblica, e dava quindi ad ognuno la facoltà di denun-

(88) *Fr.* 1. pr. § 1-3. D. *de aleat.* (11. 5).
(89) *Fr.* 2. § 1. 3. D. *de aleat.* (11. 5).
(90) *C.* 1. 3. C. *de aleat.* (3. 43).
(91) *Fr.* 1. 5. § 1. D. *de publican.* (39. 4).
(92) *Fr.* 9. § 5. D. *de publican.* (39. 4).
(93) *Fr.* 1. pr. § 1. 2. *fr.* 5. § 1. D. *de calumn.* (3. 6).
(94) PAUL. *sent. rec.* I. 5.
(95) *Fr.* 13. D. *quod metus causa* (4. 2), *fr.* 7. D. *ad l. Jul. de vi priv.* (48. 7), *c.* 7. C. *unde vi* (8. 4), § 1. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2).

ciare somiglianti reati[96]. Per questo rispetto codesti casi avevano analogia coi delitti pubblici. Ma affinchè i cittadini avessero eziandio un interesse positivo al pubblico vantaggio, era all'attore assicurata la multa posta sul reato. E da questo canto erano essi pari ai delitti privati[97]. Il perchè a somiglianza di questi si prosseguivano davanti ai tribunali civili, e, come ne' delitti privati[98], se già la lite era contestata[99], l'azione trapassava contro gli eredi. Se ad un'azion popolare si presentavano più, la preferenza toccava al maggiore interessato, e questo punto doveva essere dal pretore determinato[100]. Ma di regola qui non si poteva piatire per procuratore, poichè l'istanza già era data in qualità di rappresentante del popolo[101].

765. Quant'è ai singoli casi d'azion popolare, davasi questa per distruzione (*corruptio*) di un editto pretoriano affisso pubblicamente[102], per la morte di un uomo libero cagionata da un qualche getto fatto da una casa[103], pel collocamento od affissione allo sporto di una casa di un oggetto minacciante dan-

(96) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de popul. act.* (47. 23), *fr.* 43. § 2. D. *de procur.* (3. 3).

(97) Ond'è che anche il titolo delle azioni popolari per *delicta privata* precede ai *publica iudicia.*

(98) § 1. J. *de perpet. et tempor. act.* (4. 12), *fr.* 13. pr. D. *de iniur.* (47. 10), *fr.* 16. § 13. D. *de publican.* (39. 4).

(99) *Fr.* 8. D. *de popular. act.* (47 23), *fr.* 12. pr. D. *de verb. sign.* (50. 16). I *publica iudicia* avevano effetto sui beni, epperò, data la condanna, contro l'erede, *fr.* 20. D. *de accusat.* (48. 2).

(100) *Fr.* 2. 3. § 1. D. *de popular. act.* (47. 23).

(101) *Fr.* 42. pr. *fr.* 43. § 2 *fr.* 45. § 1. D. *de procurat.* (3. 3), *fr.* 5. D. *de popul. act.* (47. 23).

(102) *Fr.* 7. D. *de iurisd.* (2. 1).

(103) *Fr.* 1. pr. *fr.* 5. D. *de his qui effud.* (9. 3).

no[104], pel piantamento o riduzione a fabbrica dello spazio voluto presso gli acquedotti[105]; pel guasto o impedimento di vie e piazze pubbliche[106], e per la violazione dei sepolcri[107], il qual reato fu anche più tardi colpito di pena straordinaria[108]. Nel novero dei detti casi viene altresì lo spostamento malizioso delle pietre di confine. Erano queste consacrate con riti religiosi[109], ed una legge di Numa votava agli Dei in caso di guasto il capo del reo[110]. Una legge agraria di Cajo Cesare, probabilmente di Caligola, quella stessa che è riferita nella collezione degli agrimensori sotto la falsa rubrica di Legge Mamilia[111], dava in proposito un' azion popolare[112]; ma dopo Adriano venne anche questa surrogata da una punizione straordinaria[113].

(104) *Fr.* 5. § 6-13. D. *de his qui effud.* (9. 3), § 1. J. *de obl. quæ quasi ex del.* (4. 5).
(105) FRONTIN. *de aquæduct.* 127.
(106) *Fr.* 1. 2. D. *de loc. et itin. publ.* (43. 7), *fr.* 2. pr. § 34. 35. 44. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8), *fr.* 42. pr. D. *de procur.* (3. 3).
(107) *Fr.* 3. pr. *fr.* 6. 9. D. *de sepulchr. viol.* (47. 12), *fr.* 42. pr. D. *de procur.* (3. 3).
((108) *Fr.* 8. 11. D. *de sepulchr. viol.* (47. 12), PAUL. *sent. rec.* I. 21. § 4-9, *c.* 2. 4. C. *de sepulchr. viol.* (9. 19).
(109) DIONYS. II. 74 ; SICULUS FLACCUS *de condit. agror.* ed. Goes. p. 5. 6, SIMPLICIUS p. 79; HYGINUS *de limit. constit.* p. 190.
(110) FESTUS *v. Termino.*
(111) Come dimostra RUDORFF nella SAVIGNY *Zeitschrift* IX. 379-420.
(112) *Fr.* 3. D. *de termino moto* (47. 21).
(113) *Fr.* 2, D. *de termino moto* (47. 21), *Collat. leg. Mos.* XIII. 2. 3; PAUL. *sent. rec.* I. 16. V. 22. § 2.



CAPITOLO III.

DELITTI PUBBLICI.

766. Fra i delitti pubblici tengono il primo luogo quelli contro lo Stato. Nella più remota età quando il diritto penale non era tanto regolato da leggi come da'costumi e dal sentimento naturale, ogni misfatto che pareva meritar la vendetta pubblica poteva essere nel modo e nelle forme a ciò volute dichiarato perduellione; e da questo punto il reo veniva frustato e strangolato come nemico della pubblica quiete. Di tal maniera poteva eziandio punirsi giusta le circostanze un omicidio atrocissimo [1], la perdita di un esercito, l'aspirazione alla tirannide e lo sprezzo dei tribuni del popolo [2]. Tanto avvenne un'ultima volta in sullo scorcio della repubblica [3], contuttochè l'ontosa pena afflittiva e della morte non si accordasse più cogli alti privilegi della cittadinanza [4]. Da questo

(1) Come il sororicidio di Orazio, Liv. i. 26. Quest'esempio dimostra, che in origine la perduellione non designava un delitto contro lo Stato, ed in ispecie non una data qualità di delitti. *Perduellionem alicui iudicare* si diceva di colui che aveva commesso un atto, per cui avesse meritato la morte. I tentativi fatti per imprimere all'atto d'Orazio il carattere di un delitto pubblico sono sommamente sforzati. Così Rubino e Köstlin giudicano l'atto una perduellione, perchè con esso Orazio usurpò l'ufficio costituzionale di giudice; altri, come Sigonio e Schweppe, perchè l'uccisione avvenne in cospetto del re e del popolo. Una migliore dimostrazione dà Rein *Criminalrecht* p. 467, il quale però accede anche all'opinione di Köstlin.

(2) Livius ii. 41. vi. 20. xxvi. 3. xliii. 16; Dionys. viii. 77. 78.

(3) Dio Cass. xxxvii. 27

(4) Cic. *pro Rabir*. 3. 4. 5.

in fuori, le dodici tavole pronunciavano contro colui che aveva tirato il nemico dentro la terra o consegnato al nemico un cittadino la pena di morte [5]. Quando poi col crescere della riflessione s'ebbe coscienza della maestà del popolo romano [6], anche la cerchia dei delitti di maestà si ampliò ed accolse in sè ogni atto che scemasse, offendesse o attentasse alla dignità, supremazia o potenza della repubblica [7]. E in questo senso vennero promulgate parecchie leggi di maestà, la Apuleia d'età e contenuto incerti [8], la Varia (A. 664) [9], la Cornelia (A. 673) [10], e la Giulia di Cesare (A. 708) [11]. L'ipotesi di una seconda legge Giulia d'Augusto è affatto arbitraria. Questa legge Giulia era assai diffusa [12], e contemplava molti de' casi, in cui per lo addietro si poteva dichiarare la perduellione. La pena inditta era l'*aquæ et ignis interdictio* [13]. Sotto l'impero, in cui la maestà del popolo romano era passata nel principe e in lui si concentrava, l'attentato alla vita, ai diritti ed agli onori dell'imperatore fu riguardato naturalmente come un attacco di nuova foggia alla maestà del popolo romano. Augusto si serviva già di quella legge per procedere contro i libelli famosi [14],

(5) *Fr.* 3. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4).
(6) Cic. *apud* Quintil. *inst. orat.* vii. 3. *i. f.*
(7) Cic. *de orat.* ii. 39, *orat. part.* 30, *de invent.* ii. 17. 18, *in Verr.* iv. 31.
(8) Cic. *de orat.* ii. 25. 49.
(9) Valer. Max. viii. 6, 4; Ascon. *in Cornel.* p. 79. Orell.
(10) Cic. *in Pison.* 21, *pro Cluent.* 35, *in Verr.* i. 5, *ad fam.* iii. 11; Amm. Marc. xix. 12, 17.
(11) Cic. *Philipp.* i. 9.
(12) *Fr.* 1. § 1. *fr.* 2. 3. 4. pr. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4). Tacit. *ann.* i. 72.
(13) Cic. *Philipp.* i. 9; Capitol. *Pertinax* 6; Paul. *sent. rec.* v. 29. § 1.
(14) Tacit. *ann.* i. 72; Dio Cass. lvi. 27; Sueton. *Octav.* 55.

e da Tiberio in appresso la mostra anche lontana di un' offesa alla riverenza dovuta al principe fu punita come reato di maestà[15]. Le pene furono altresì aggravate a capriccio. Senonchè ciò appunto diè argomento a restringere la cerchia dei reati di maestà, ed a comprendere in essa i soli atti e progetti volti pensatamente contro la cosa pubblica o l'imperatore[16]. Gli altri atti che la legge Giulia aveva chiamato reati di maestà furono bensì, come per lo addietro, incriminati in conformità di cotal legge, ma non più come delitti di maestà, nè quindi soggetti a quelle fiere pene [17]. Il reato di maestà così circoscritto fu tuttavia chiamato perduellione[18]. Ma più tardi s'aggiunsero disposizioni vieppiù rigide. Se Teodosio si mostrò molto indulgente verso le offese verbali[19], Arcadio invece chiamò reati di maestà i progetti di omicidio contro semplici funzionari superiori [20], ed altri imperatori fecero peggio [21]. Nel secolo terzo già si applicava a cotai delitti la pena di morte[22]; e a questa fin dai primi imperatori s'aggiunse la confisca di tutti i

(15) Tacit. *ann.* I. 73. 74. II. 50. III. 38. 67. VI. 18. XIV. 48; Sueton. *Tiber.* 58. *Nero* 52. *Domit.* 10. 12, *fr.* 4. § 1. *fr.* 5. 6. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4).

(16) *Fr.* 11. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4), Paul. *sent. rec.* V. 29. § 1, § 3. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(17) *Fr.* 11. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4).

(18) La parità del *crimen maiestatis* e della *perduellio* nel nuovo diritto è provata dal *fr.* 4 D. *de iure patr.* (37. 14) combinato col *fr.* 9. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4); *fr.* 20. D. *de accus.* (48. 2) combinato colla *c.* 2. C. *de bon. eor.* (9. 50).

(19) C. *un.* C. *si quis imperat. maledix.* (9. 7).

(20) C. 5. pr. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8).

(21) C. 3. C. Th. *de vestib. olov.* (9. 21), *c.* 6. C. *de rescr.* (1. 23), *c.* 1. C. *de priv. carcer.* (9. 5).

(22) Paul. *sent. rec.* V. 29. § 1, *c.* 5. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8).

pene [23] e l'esecrazione del nome [24]. I figli stessi, a somiglianza di quanto aveva fatto Silla pel primo [25], andarono incontro ad una pena [26]; e dappoi Marco Aurelio il processo già iniziato per un tal delitto non solamente si continuava ad onta della morte del reo, ma si poteva iniziare lui già morto [27]. Affine al delitto di maestà era la tenuta di adunanze notturne, che le dodici tavole punivano di morte [28], il suscitamento di tumulti popolari [29], il tradimento e il passaggio al nemico [30].

767. Fra i delitti contro lo Stato vogliono pure annoverarsi quelli contro la religione. I Romani tenevano generalmente la religione come cosa nazionale; per lo che mentre ogni popolo soggetto alla loro signoria serbava i proprii riti [31], era punita per altra parte come contraria allo Stato l'introduzione arbitraria di nuove dottrine e cerimonie. Questo punto però si considerava assai meno come di spettanza delle leggi, che come una bisogna dell'amministrazione superiore, ed era secondo le circostanze regolato per via

(23) Plinius *paneg.* 42; *c.* 5. pr. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), *nov.* 134. *c.* 13.
(24) *Fr.* 24. D. *de pœn.* (48. 19), *c.* 6. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), § 3. J. *de publ. iudic.* (4. 18).
(25) Dionys. viii. 80.
(26) C. 5. § 1. 3. 4. 6. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8).
(27) *Fr.* 11. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4), *fr.* 20. D. *de accus.* (48. 2), *c.* 7. 8. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), *fr.* 1. § 3. D. *de suis* (38. 16).
(28) Porcius Latro *declam. in Catil.* 19.
(29) Paul. *sent. rec.* v. 22. § 1, *fr.* 3. § 4. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *fr.* 38. § 2. D. *de pœn.* (48. 19), *c.* 1. 2. C. *de sedit.* (9. 30).
(30) Livius xxx. 43, *fr.* 8. § 2. *fr.* 38. § 1. D. *de pœn.* (48. 19).
(31) Vedi § 199. 221. 286. 296.

di editti deortatorii e proibitivi, e con castighi estensibili sino alla morte[32]. Sotto gl'imperatori s'introdusse la deportazione, e contro il popolo minuto la morte[33]. In modo analogo venne punito il passaggio al Giudaismo[34]. Ma molto più fieramente si procedette contro i cristiani[35], cui gli editti promulgati per tutto l'impero comandavano di forzare in qualsivoglia modo a sacrificare agli Dei nazionali[36]. E di qui mossero le persecuzioni dei seguaci di Cristo, i cui atti ancor poco esplorati, e di sommo rilievo sì dal lato giuridico pei protocolli giudiziarii ivi inchiusi che per la critica istorica, sono la più viva pittura dei contrasti che agitavano quell'età, dello stupore del Romano allacciato dalla prevenzione e dal sibarismo di fronte ad una grandezza morale da lui non compresa, del paganesimo facente ogni sforzo nell'onnipotente sua rabbia, e della nuova dominazione sorgente dal cenere e dal sangue[37].

768. La legge di Numa puniva l'omicidio premeditato[38] colla morte[39]; lo stesso, come sembra, sancirono

(32) Livius iv. 30. xxv. 1. xxxix. 14-18; *SC. de bacchanalibus a.* 568; Dio Cass. liv. 6.

(33) Paul. *sent. rec.* v. 21. § 2, *Collat. leg. Mos.* xv. 3.

(34) *Fr.* 11. pr. D. *ad. l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Spartian. *Sever.* 17; Paul. *sent. rec.* v. 22. § 3. 4.

(35) Tacit. *ann.* xv. 44; Spartian. *Sever.* 17.

(36) *Acta S. Justin.* 1; *S. Felic.* 1; Euseb. *hist. eccles.* viii. 2; Lactant. *de mort. persec.* 13. 15.

(37) Questi atti, di cui il grande Scaligero scrive di non poterli leggere senza la più profonda commozione, sono qui citati sulla seguente edizione: *Acta martyrum* P. Theodorici Ruinart *opera ac studio collecta edita per* Bern. Galura Aug. Vindel. 1802. 3 vol. in-8.

(38) Quanto alla quistione giuridicamente sempre indifferente, se nell'età primitiva quell'omicidio si chiamasse *parricidium*, vedi Rein *Criminalrecht* p. 401. 449.

(39) Festus *v. Parici.*

le dodici tavole [40]. L'omicidio involontario si espiava secondo l'antico diritto sacerdotale [41], e come pare anche secondo le dodici tavole [42], col sacrificio di un montone. Ma base al diritto ulteriore fu la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis,* la quale non solamente punì l'omicidio consumato, ma lo andare attorno con un'arma per uccidere o ferire, lo apparecchio e la vendita per lo stesso fine di veleno, e, ad esempio della legge Sempronia [43] prima in vigore, la subornazione o l'accatto di danaro fatto da un maestrato in un'accusa capitale, e la falsa testimonianza ivi prestata [44]. Varii senatoconsulti e costituzioni estesero più ancora il disposto di quella legge, applicandola segnatamente alla castrazione e di schiavi e di liberi [45], ed ai sacrifizi di vittime umane [46]. La pena della legge Cornelia era l'esilio, più tardi pel popolo minuto la morte [47]. L'esecuzione data o non data al progettato omicidio non faceva differenza [48]. Ma l'omicidio in rissa o per trascuratezza era secondo le circostanze meno punito

(40) Plinius *hist. nat.* xviii. 3.

(41) Servius *in Eclog.* iv. 43. *in Georg.* iii. 387; Dionys. iii. 22.

(42) Cic. *pro Tull.* 51. *Topic.* 17; Festus *v. Subici, subigere.*

(43) Cic. *pro Cluent.* 55. 56.

(44) *Collat. leg. Mos.* i. 3; Cic. *pro Cluent.* 54. 55. 57, *fr.* 1. pr. § 1. *fr.* 3. pr. § 1. 2. *fr.* 4. pr. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Paul. *sent. rec.* v. 23. § 1. 10; § 5. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(45) *Fr.* 3. § 3. 4. *fr.* 4. § 2. *fr.* 5. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Sueton. *Domitian.* 7; Amm. Marc. xviii. 4; Paul. *sent. rec.* v. 23. § 13, *c.* 1. 2. C. *de eunuch.* (4. 42), *nov.* 142

(46) Plinius *hist. nat.* xxx. 3 (1), Paul. *sent. rec.* v. 23. § 16.

(47) Paul. *sent. rec.* v. 23. § 1, *fr.* 3. § 5. *fr.* 16. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(48) *Fr.* 7. 14. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), Paul. *sent. rec.* v. 23. § 3; *c.* 7. C. *ad l. Cornel. de sicar.* (9. 16).

ed anche impunito [49]. Un rigore particolare spiegossi dal diritto ulteriore contro una forma singolare di omicidio usata nell'Arabia, e detta Scopelismo [50]. La legge Cornelia conteneva egualmente sull'omicidio di prossimi attenenti alcune disposizioni, che vennero dalla legge Pompea sul parricidio confermate [51]. La pena che s'infliggeva a un tal reato era la morte, e se si trattava di omicidio sopra i genitori, con forma antica [52] e singolarissima che Costantino applicò egualmente all'omicidio sopra i figli [53]. Il diritto dell'età regia puniva i mali trattamenti usati dalla prole ai genitori con l'esecrazione e la morte [54].

769. Il reato d'incendio era già stato contemplato nelle dodici tavole [55]. Più tardi la summentovata legge Cornelia ne fece un oggetto delle sue prescrizioni [56]. Sotto gl'imperatori la pena dell'incendio volontario era per l'ordinario la morte [57], e nel concorso di

(49) *Fr.* 1. § 2-5. *fr.* 3 § 6. *fr.* 4. § 1. *fr* 7. 9. 12. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), PAUL. *sent. rec.* V. 23. § 3. 8. 12. 19, *Collat. leg. Mos.* I. 6. 8. 9. 10, *c.* 1-5. C. *ad l. Cornel. de sicar.* (9. 16).

(50) *Fr.* 9. D. *de extraord. crimin.* (47. 11).

(51) *Fr.* 1. D. *de l. Pompeia de parric.* (48. 9).

(52) *Fr.* 9. pr. § 1. D. *ad l. Pompei. de parric.* (48. 9), PAUL. *sent. rec.* V. 24. A quella forma accennano anche VALER. MAX. I. 1, 13; LIVII *epit.* 68; CIC. *pro Rosc. Amer.* 25.

(53) *C. un.* C. *de his qui parent* (9. 17), § 6. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(54) FESTUS *v. Plorare.*

(55) Come si ricava dal *fr.* 9. D. *de incend.* (47. 9), desunto dal commentario alle dodici tavole di Gaio.

(56) *Fr.* 1. pr. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *Collat. leg. Mos.* XII. 5.

(57) *Fr.* 10. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *fr.* 12. § 1. D. *de incend.* (47. 9), *Collat. leg. Mos.* XII. 4. 5. 6. 7; PAUL. *sent. rec.* V. 3. § 6. V. 20. § 1. 2. 5.

circostanze aggravanti il rogo[58]; ma l'incendio prodotto da negligenza era punito secondo le circostanze[59].

770. L'uso d'incantesimi perniciosi, e particolarmente lo scongiuro sulle campagne erano già incriminati dalle dodici tavole[60]. Un senatoconsulto dichiarò applicabile ai malefizi la pena della legge Cornelia[61]. L'esercizio ed anzi la scienza stessa dell'arte magica onde incantare o prepararsi agli incanti venne allora punita con gran rigore[62]. Non dissimile castigo s'infliggeva agli aruspici, a' matematici ed altri indovini[63].

771. Le tempestose scene e i frequenti atti di violenza occorsi durante il secolo settimo furono al certo quello che porse argomento alla legge Plauzia o Plozia contro coloro che avessero occupato piazze e si fossero mostrati pubblicamente in armi[64]. Q. Lutazio Catulo aveva rogato sullo stesso argomento una

(58) *Fr.* 28. § 12. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 9. D. *de incend.* (47. 9).

(59) *Fr.* 4. D. *de off. præf. vigil.* (1. 15), *fr.* 11. D. *de incend.* (47. 9), *Collat. leg. Mos.* XII. 2. 3. 5. 6. 7; PAUL. *sent. rec.* V. 3. § 6. V. 20. § 3.

(60) PLINIUS *hist. nat.* XXVIII. 4 (2), SERVIUS *ad eclog.* VIII. 99; SENECA *nat. quæst.* IV. 7; AUGUSTIN. *de civit. Dei* VIII. 19.

(61) *Fr.* 13. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(62) PAUL. *sent. rec.* V. 23. § 15-18; APULEIUS *Apol.* I. p. 377. ed. Oudend., AMM. MARC. XXVIII. 1, 26; *c.* 3. 4. 5. 6. 7. 10. 11. C. Th. *de malefic.* (9. 16), *c.* 4. 6. 7. 9. C. J. *de malefic.* (9. 18).

(63) Vedi § 142.

(64) ASCON. *in Milon.* p. 35. 55. Orell., SALLUST. *Catil.* 31; SCHOL. BOBIENS. *in Vatin.* X. 2. p. 320. Orell., CIC. *ad Attic.* II. 24, *Declam. de harusp. resp* 8.

legge[65], che probabilmente è quella ora citata[66]. La legge rogata da Pompeo sulla violenza, benchè non alludesse che al giudicio sopra un dato caso, conteneva però anche disposizioni normali[67]. Trovansi inoltre sopra questo reato menzionate più leggi Giulie; cioè una di Giulio Cesare, che stabilì la pena dell'esilio[68], una *lex Julia de vi publica*[69], ed una *lex Julia de vi privata*[70]. Se la seconda od ambedue quest'ultime siano state dettate da Cesare, nel qual caso la *Julia de vi publica* sarebbe identica colla prima, o se la seconda e la terza o la terza soltanto sia stata promulgata da Ottaviano, è ciò che non si può definire[71]. Certo egli è che le due ultime sono rimaste le basi del diritto ulteriore. La pena della seconda era l'esilio, quella della terza la pubblicazione di un terzo dei beni; ma entrambe furono più tardi aggravate[72]. Due dei casi di violenza, cioè l'assalto alle case con

(65) Cic. *pro Cœlio* 29. In questo passo si fonda la supposizione di una *lex Lutatia de vi*, la cui esistenza però è combattuta egualmente da Rein *Criminalrecht* p. 742.

(66) Tanto emerge dal riscontro del passo precedente con Sallust. *declam. in Cicer.* 1, 3.

(67) Vedi cap. vi. nota 6.

(68) Cic. *Philipp.* i. 9.

(69) *Fr.* 1-5. *fr.* 7. 8. 10. 12. D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6), Paul. *sent. rec.* v. 26. § 1. 2.

(70) *Fr.* 2-6. 8. D. *ad l. Jul. de vi priv.* (48. 7), Paul. *sent. rec.* v. 26. § 3. 4.

(71) Vedi in proposito Rein *Criminalrecht* p. 742.

(72) *Fr.* 10. § 2. D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6), *fr.* 1. pr. D. *ad l. Jul. de vi priv.* (48. 7), Paul. *sent. rec.* v. 26. § 1. 3; *c.* 1. 2. 3. C. Th. *ad l. Jul. de vi* (9. 10), c. 6. 7. C. J. *ad l. Jul. de vi* (9. 12), § 8. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

banda armata[73] e il ratto[74] erano governati da disposizioni a parte.

772. Nella più remota età l'impudicizia era punita dai costumi e dal diritto religioso; la donna segnatamente che la gente sapesse essere compagna di letto d'un uom maritato o vedovo non poteva toccare l'altare di Giunone[75]. Più tardi la seduzione di una donna o vergine onorata[76] o 'l disonesto vivere d'una matrona[77] dava luogo ad un'accusa degli edili; ma più sovente codesti reati si punivano dal padre, dal marito e da' consanguinei[78]. Col declinar de' costumi quest'argomento diè pur materia a varie leggi però a noi ignote, e che in parte furono abrogate dalla *lex Julia de adulteriis* di Ottaviano[79]. Primo oggetto di questa legge fu l'adulterio, ossia la fornicazione con donna maritata. Entrambi i colpevoli fur dichiarati passibili di pena pubblica, ed ogni cittadino potè farsene accusatore sotto alcune singolari restrizioni. Anzitutto l'accusa non era più

(73) *Fr.* 11. D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6), PAUL. *sent. rec.* V. 3. § 3.

(74) *Fr.* 5. § 2. *fr.* 6. D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6), *c.* 3. C. *ad l. Jul. de vi* (9. 12), *tit.* C. Th. *de raptu virgin.* (9. 24), *tit.* C. Th. *de raptu sanctimon.* (9. 25), *c. un.* C. J. *de raptu virgin.* (9. 13), § 8. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(75) GELLIUS IV. 3; FESTUS *v. Pellices*, *fr.* 144. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(76) VALER. MAX. VI. 1, 8; LIV. VIII. 22. *Materfamilias* ha qui il senso datole nel testo, *fr.* 46. § 1. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(77) LIV. X. 31. XXV. 2. *Matrona* equivale qui a *materfamilias* nel senso testè indicato, *fr.* 13. pr. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), *fr.* 41. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(78) VALER. MAX. VI. 1, 3. 6. Vedi anche § 498.

(79) *Collat. leg. Mos.* IV. 2, *fr.* 1. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5). A questa legge si riportano i titoli seguenti: D. XLVIII. 5, C. Th. IX. 7, C. J. IX. 9.

ammessa, se dappoi il reato erano trascorsi cinque anni [80]. Oltrecciò, finchè il marito serbava al suo talamo l'adultera, nè egli nè un terzo poteva accusar la donna o l'adultero [81]; perlochè se il marito viveva ancora, l'accusa data presupponeva lo scioglimento per divorzio del matrimonio dentro quei cinque anni [82]. In terzo luogo si faceva una differenza da accusatore ad accusatore. Nei primi sessanta giorni consecutivi al divorzio il diritto d'accusa apparteneva esclusivamente al marito ed al padre [83]; in appresso per lo spazio di quattro mesi a chiunque voleva, compresi tuttavia quei due, accusatori essi pure in quel caso *iure extranei* semplicemente [84]. Trascorsi questi sei mesi dal divorzio o i cinque anni dal reato, l'accusa non era più lecita. Se il marito era morto, il padre o un terzo qualunque poteva pur dare accusa, ma semprechè non fossero trascorsi i sei mesi dall'epoca del reato, così che in tal caso non era più quistione del lungo termine di un quinquennio [85]. Diocleziano però tolse intieramente la prescrizione semestrale, onde tutto si ridusse ai cinque anni [86]. Per contro il diritto di accusa fu da Costantino ristretto ai prossimiori congiunti [87]. L'accusatore non poteva agire contro i colpevoli che separatamente, un dopo

(80) *Fr.* 29. § 6. 7. D. *h. t.*, *fr.* 1. § 10. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16).
(81) *Fr.* 11. § 10. *fr.* 26. pr. D. *h. tit.*, *c.* 11. C. *h. t.*
(82) *Fr.* 29. § 5. D. *h. t.*
(83) *Collat. leg. Mos.* IV. 4, *fr.* 2. § 8. *fr.* 3. 4. pr. *fr.* 14. § 2. *fr.* 15. pr. *fr.* 30 § 1. D. *h. t.*, TACIT. *ann.* II. 85.
(84) *Collat. leg. Mos.* IV. 4; *fr.* 4. § 1. 2. *fr.* 11. § 5. 6. *fr.* 15. § 5. D. *h. t.*, *c.* 6. C. *h. t.*
(85) *Fr.* 29. § 5. D. *h. t.*
(86) *C.* 28. C. *h. t.*
(87) *C.* 30. C. *h. t.*

l'altro; e di regola stava in lui il determinare chi dovesse essere convenuto il primo [88]. Se l'adulterio non era stato conosciuto che alla morte della moglie, l'adultero poteva ancora essere accusato, posto che i cinque anni già non fossero trascorsi [89]. L'accusa era egualmente lecita durante un altro matrimonio che l'adultera avesse contratto [90], salvo che vivendo ancora l'adultero [91], costui pure doveva essere colpito [92]. Il che, quanto alla donna, non poteva aver luogo fuori che le fosse stata denunciata prima del passaggio a nuovo matrimonio l'accusa soprastante [93]; la qual restrizione fu poi abolita da Diocleziano [94]. La pena della legge Giulia era la perdita per ambedue i colpevoli di una parte dei beni colla relegazione in un'isola [95], e nessuno in pena del lenocinio poteva pigliare l'adultera in moglie [96]: ma più tardi l'adultero fu sottoposto alla pena di morte [97], senza distinzione di libero e servo [98]. La vendetta privata fatta

(88) *Fr.* 15. § 8. 9. *fr.* 17. § 6. *fr.* 32. § 1. *fr.* 39. § 6. D. *h. t.*, c. 8. C. *h. t.*
(89) *Fr.* 11. § 4. *fr.* 39. § 2. *fr.* 44. D. *h. t.*, c. 5. 28. C. *h. t.*
(90) *Fr.* 39. § 1. D. *h. t.*
(91) *Fr.* 2. pr. *fr.* 5. 17. § 6. *fr.* 19. § 2. 3. D. *h. t.*
(92) *Fr.* 17. § 7. *fr.* 18. 19. pr. § 1. D. *h. t.*
(93) *Fr.* 2. pr. *fr.* 16. 17. pr. § 1-6. *fr.* 39. § 3. D. *h. t.*, c. 14. C. *h. t.*
(94) *C.* 28. C. *h. t.*
(95) PAUL. *sent. rec.* II. 26. § 14; TACIT. *ann.* II. 85; PLINIUS *epist.* VI. 31.
(96) *Fr.* 11. § 13. *fr.* 29. § 1. D. *h. t.*, c. 9. 17. C. *h. t.*
(97) CAPITOL. *Opil. Macr.* 12; AMM. MARC. XXVIII. 1, 16; c. 30. § 1. C. *h. t.*, c. 4. C. Th. *quorum appell.* (11. 36), § 4. J. *de publ. iudic.* (4. 18), *nov.* 134. c. 10. Anche contro l'adultera v'hanno pene di morte, AMM. MARC. XXVIII. 1, 28. 45.
(98) *Fr.* 5. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 33. pr D. *h. t.*, c. 26. C. *h. t.*

lecita nell'antica legge[99] fu dalla Giulia circoscritta. Il padre ritenne bensì il diritto di uccidere, quando però avesse colto l'adultero nella casa sua propria o del marito, ed uccidesse entrambe le parti sul luogo[100]. Ma il marito ebbe assoluto divieto di uccidere la moglie; e l'adultero colto in flagrante poteva soltanto essere da lui ucciso, se appartenente ad una certa classe di persone dalla legge designata[101]; fuori di ciò lo poteva in tutti i casi tener prigione in casa sua per venti ore[102]. Tutte queste disposizioni avevano tratto non solo a un matrimonio legittimo, ma al naturale, e vennero benanco estese alla fidanzata, e in date circostanze alla concubina[103]. Ma la legge Giulia non toccò dell'offesa al contubernio[104], nè delle donne di basso affare[105]; e la fornicazione d'un uomo maritato con una vedova non era punto adulterio, ma stupro, e punibile solamente quando apparisse tale[106].

775. La fornicazione con donna vedova, se persona onorata[107], senza distinzione pel rimanente d'ingenua o libertina[108], fu pur colpita dalla legge Giulia di pena pubblica per ambedue le parti. La

(99) Gellius x. 23; Valer. Max. vi. 1, 13.

(100) *Collat. leg. Mos.* iv. 2. 8. 9. 12; Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 1. 2, *fr.* 20. 21. 22. 23. 32. D. *h. t.*

(101) *Collat. leg. Mos.* iv. 3. 10. 12; Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 4. 5. 6, *fr.* 22. § 4. *fr.* 24. 38. § 8. 9. *fr.* 42. D. *h. t.*, *c.* 4. C. *h. t.*

(102) Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 3, *fr.* 25. D. *h. t.*

(103) *Fr.* 13. pr. § 1. 3. 8. D. *h. t.*, *Collat. leg. Mos.* iv. 5. 6, *c.* 7. C. *h. t.*

(104) *Fr.* 6. pr. D. *h. t.*, *c.* 23. 24. C. *h. t.*

(105) Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 11, *c.* 22. 29. C. *h. t.*, *fr.* 10. § 2. *fr.* 13. D. *h. t.*

(106) C. 1. 18. C. *h. t.*

(107) § 4. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(108) *Fr.* 6. pr. *fr.* 34. pr. D. *h. t.*

pena era la stessa che per l' adulterio [109]; e parimenti identiche le disposizioni concernenti il giure d'accusa [110], il giure domestico del padre, e il divieto di sposare la condannata di fornicazione [111]. Ma lo stupro accompagnato da seduzione [112], o commesso sopra fanciulla non viripotente [113] fu sottoposto a pena straordinaria. La legge Giulia minacciò inoltre della pena dell'adulterio certe specie di lenocinio, ossia colui che avesse prestato la propria casa per un adulterio o stupro punibile [114], ed il marito che in qualunque modo avesse lucrato sull'onta della moglie [115], o troppo indifferente al suo onore non avesse licenziato sul campo la moglie colta in flagrante [116]. La stessa pena fu comminata da un senatoconsulto al marito istigatore egli stesso del seduttore della consorte [117]. Ma a tenore della stessa legge Giulia lo stupro sopra persona non onorata, ossia quello commesso con persona di basso stato [118], o coll'altrui concubina [119] o con una schiava restò impunito [120]. Che

(109) § 4. J. *de publ. iudic.* (4. 18).
(110) *Fr.* 29. § 5. D. *h. t. Vidua* qui dicesi l'*innupta*.
(111) *Collat. leg Mos.* IV 2, *fr.* 29. § 1. D. *h. t.*
(112) *Fr.* 1. § 2. D. *de extr. crim.* (47. 11).
(113) *Fr.* 38. § 3. D. *de pœn.* (48. 19).
(114) *Fr.* 8. 9. 10. pr. § 1. D. *h. t.*
(115) *Fr.* 2. § 2. *fr.* 8. pr. *fr.* 29. § 3. 4. D. *h. t.*, *c.* 17. C. *h. t.*
(116) Paul. *sent. rec.* II. 26. § 8, *fr.* 2. § 2. 3. 6. *fr.* 14. pr. *fr.* 29. pr. D. *h. t.*, *c.* 2. 17. 26. 28. C. *h. t.*
(117) *Fr.* 14. § 1. D. *h. t.*
(118) *Fr.* 13. § 2. D. *h. t.*, *fr.* 1. § 1. *fr.* 3. pr. D. *de concub.* (25. 7), *c.* 29. C. *h. t.*
(119) *Fr.* 16. § 1. D. *de his quæ ut indign.* (34. 9). Il motivo è accennato nel § 506, nota 173. 175.
(120) Paul. *sent. rec.* II. 26. § 16, *fr.* 6. pr. D. *h. t.*, *c.* 25. C. *h. t.*

anzi, salva l'infamia che ne derivava[121], venne concesso alle persone volgari di far mestiere della disonestà ossia del lenocinio ordinario, con che ne dessero consegna agli edili. Questa consegna però non esimeva dalle pene della legge Giulia le donne di ceto onorato[122]; e gl'imperatori cristiani tentarono benanco di abolir del tutto il vergognoso mestiere[123]. Chi si giaceva col proprio sangue incorreva nell'antica severità di costume la morte[124]; ed a questo misfatto accennava una legge Scantinia d'epoca e tenore incerto[125]. La legge Giulia tenne il medesimo per un semplice stupro[126]; ma le costituzioni ulteriori instaurarono la pena di morte[127]. Tutte le accuse appoggiate alla suddetta legge si prescrivevano col decorso di cinque anni[128]. Lo stupro con violenza sopra femmine o maschi non cadeva sotto il suo disposto, sibbene di quella *de vi publica*[129]; ma a breve andare lo stupro violento su persona libera masco-

(121) *Fr.* 1. 4. § 2. 3. D. *de his qui not.* (3. 2). Vedi in proposito SAVIGNY *System* II. 183. 554-559.

(122) TACIT. *ann.* II. 85; SUETON. *Tiber.* 35, *fr.* 10. § 2. D. *h. t.*

(123) C. 1. 2. C. Th. *de lenon.* (15. 8), *nov.* THEODOS. *tit.* XVIII. *de lenon.*, *nov.* JUSTIN. 14.

(124) VALER. MAX. VI. 1, 7. 9. 10. 11 ; DYIONS. *exc.* p. 2336, ed. Reisk.

(125) AUSON. *epigr.* 89; JUVENAL. *Satyr.* II. 44; CIC. *ad famil.* VIII. 12. 14; SUETON. *Domit.* 8.

(126) *Fr.* 34. § 1 D. *h. t.*, *Collat. leg. Mos.* V. 2; PAUL. *sent. rec.* II. 26. § 13.

(127) *Collat. leg. Mos.* V. 3, c. 6. C. Th. *h. t.*, c. 31. C. J. *h. t.*

(128) *Fr.* 29. § 6-9. D. *h. t.*

(129) *Fr.* 29. § 9. *fr.* 39. pr. D. *h. t.*, *fr.* 3. § 4. D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6).

lina fu nuovamente punito colla morte[130]. La bigamia nella donna che passava a secondi voti, mentre ancora sussistevano i primi, era prosseguita come adulterio[131]; l'uomo che aveva due donne incorreva l'infamia[132], e poteva altresì essere accusato di stupro[133]. Finalmente l'unione tra parenti e cognati in grado proibito non si considerava qual matrimonio, ma come unione incestuosa[134], in linea retta a legge della stessa natura e del costume generale, in linea collaterale a legge di gius civile[135]. L'incesto della prima specie era punito in ambe le parti[136]; ma il secondo nell'uomo solo, e avuto riguardo alle cause di colpabilità[137]. La pena era quella della legge Giulia per adulterio[138], ossia la relegazione in un' isola. Ma le proibizioni oradette convenne che fossero da Diocleziano rinnovate in termini energici[139], e in quell'occasione le pene furono per una parte assai aggravate, poscia di nuovo mitigate, e in ultimo ridotte da Giustiniano al primitivo rigore[140]. Il concubinato fra prossimi attenenti fu ordinato sulle stesse

((130) *Collat. leg. Mos.* v. 2; Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 12; § 4. J. *de publ. iudic.* (4. 18).
(131) *Fr.* 11. § 12. D. *h. t.*
(132) *Fr.* 1. 13. § 4. D. *de his qui not.* (3. 2), *c.* 2. C. *de incest. nupt.* (5. 4).
(133) C. 18. C. *h. t.*
(134) Gajus i. 59. 64, *fr.* 39. § 1. D. *de rit. nupt.* (23. 2).
(135) *Fr.* 68. D. *de rit. nupt.* (23. 2); *fr.* 5. § 1. D. *de cond. sine caus.* (12. 7).
(136) *Fr.* 38. pr. § 1. 2. 4. D. *h. t.*, Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 15; *Collat. leg. Mos.* vi. 3.
(137) *Fr.* 38. § 3. 4. 7. D. *h. t.*, *fr.* 68. D. *de ritu nupt.* (23. 2), *Collat. leg. Mos.* vi. 5.
(138) Paulus *in Collat. leg. Mos.* vi. 3.
(139) *Collat. leg. Mos.* vi. 4.
(140) C. 1. 3. C. Th. *de incest. nupt.* (3. 12), *c.* 4. 6. C. J. *de incest. nupt.* (5. 4), *nov.* 12. pr. *c.* 1.

basi[141]. All'incontro, nell'adulterio e stupro fra codeste persone concorrendo due delitti, l'uomo incorreva castigo più grave, cioè la deportazione[142], la donna quello almeno della legge Giulia[143]. Tra servi non era quistione d'incesto; ma dopo la manumissione le parentele nate fra essi durante la servitù cadevano sotto le regole del gius comune[144]. Del resto la fornicazione con una Vestale era pur tenuta come incesto, ed amendue i colpevoli incorrevano la morte[145].

774. Le dodici tavole colpivano il falso testimonio di morte[146]. La falsificazione di testamenti e monete fu oggetto di una legge Cornelia di Silla[147]. Una serie di senatoconsulti[148] e costituzioni imperiali comprese pure nel disposto di questa legge la falsificazione di altri atti, la produzione o subornazione di falsi testimoni e generalmente le infinite specie di falso diretto ed indiretto[149], non esclusa la supposizione

(141) *Fr.* 56. D. *de rit. nupt.* (23. 2), *fr.* 11. § 1. D. *h. t.*, *fr.* 1. § 3. D. *de concub.* (25. 7).

(142) *Fr.* 5. D. *de quæstion.* (48. 18), PAUL. *sent. rec.* V. 26. § 15.

(143) *Fr.* 38. pr. § 4. D. *h. t.*, PAUL. *sent. rec.* V. 26. § 15.

(144) *Fr.* 8. 14. § 2. 3. *fr.* 56. D. *de rit. nupt.* (23. 2).

(145) LIV. IV. 44. VIII. 15. XXII. 57; CIC. *de leg.* II. 9; SUET. *Domit.* 8; PLINIUS *epist.* IV. 12; SYMMACH. *epist.* IX. 128. 129. Ad un caso simile si riferiva una rogazione di S. Peduceo, ASCON. *in Milon.* 12. p. 46. Orell., CIC. *de nat. deor.* III. 30, donde i moderni han fatto una generale *lex Peducæa de incestu.*

(146) GELLIUS XX. 1.

(147) CIC. *in Verr.* II. 1, 42; PAUL. *sent. rec.* IV. 7. § 1, *fr.* 9. pr. § 1. 2. D. *ad. l. Cornel. de fals.* (48. 10).

(148) *Collat. leg. Mos.* VIII. 7.

(149) PAUL. *sent. rec.* V. 25, *Collat. leg. Mos.* VIII. 2. 3. 5, *fr.* 1. pr. § 1-12. *fr.* 2. 9. § 3. 4. *fr.* 13. 16. 20. 21. 23. 25. 27. 28. 30. 33. D. *h. t.* (48. 10).

d'un altrui parto[150], e l'uso di pesi e misure false[151]. Un editto di Claudio assoggettò egualmente alla legge Cornelia[152] l'inserzione a proprio favore di una diposizione testamentaria, che il senatoconsulto Liboniano dichiarava soltanto invalida[153], e suscitò in tal guisa un gran numero di controversie e risoluzioni[154]. Di regola il falsario incorreva la deportazione colla pubblicazione dei beni; e se schiavo o della gente minuta, la morte[155]. La falsificazione delle monete era punita con maggiore severità[156]. L'usurpazione per parte di un Latino dei diritti degli ingenui poteva dar luogo, secondo la legge Visellia, ad un'istanza criminale[157]. Finalmente lo spergiuro al Genio del principe traeva seco una punizione pubblica; quello ad una divinità si lasciava alla costei vendetta[158]. Non pertanto Arcadio stabilì, che la violazione di una convenzione passata sotto l'invocazione di Dio fosse punita coll'infamia[159].

(150) *Fr.* 19. § 1. D. *h. t.*, c. 1. 10. C. *h. t.*

(151) *Fr.* 32. § 1. D. *h. t.*, *fr.* 6. § 1. 2. D. *de extr. crim.* (47. 11).

(152) Eedi § 647.

(153) *Fr.* 15. pr. D. *k. t.*, c. 3. C. *de his qui sibi* (9. 23).

(154) *Fr.* 5. 6. 10. 11. 14. 15. § 1-6. D. *h. t.*

(155) *Fr.* 1. § 13. *fr.* 33. D. *h. t.*, *fr.* 38. § 7. 8. 9. D. *de pœn.* (48. 19), *Collat. leg. Mos.* VIII. 3. 5; PAUL. *sent. rec.* IV. 7. § 1. v. 25; § 7. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(156) *Fr.* 8. 19. pr. D. *h. t.*, c. 1. 2. 5. 9. C. Th. *de fals. monet.* (9. 21), c. 1. 2. C. J. *de fals. monet.* (9. 24).

(157) *C. un.* C. *de l. Visell.* (9. 21), c. *un.* C. *quando civil.* (9. 31).

(158) *Fr.* 13. § 6. D. *de iureiur.* (12. 2), c. 2. C. *de reb. cred.* (4. 1).

(159) *C.* 41. C. J. *de transact.* (2. 4). Vedi in proposito GOTHOFR. *ad c.* 8. C. Th. *de pact.* (2. 9).

775. La legge Fabia puniva con grossa multa il plagio commesso da liberi e servi [160]; ma più tardi questo reato fu sottoposto a pena straordinaria estensibile sino al sangue [161]. Il peculato o furto di cose appartenenti allo Stato si giudicava in origine, e secondo le circostanze, o dal senato o dal popolo [162]. Più tardi v'ebbe sopra questo delitto un tribunale permanente [163], e con esso una legge. L'ultima fu una legge Giulia [164]. Il reo subiva la deportazione, ed anche, se impiegato, la morte [165]; ma in alcuni casi era semplicemente multato nel quadruplo [166]. La legge contemplava eziandio il sacrilegio o furto di cose sacre [167]; ma questo reato si punì più tardi in via straordinaria fino alla morte [168]. La semplice non consegna del danaro pubblico esatto era punita dalla *lex Julia de residuis* colla multa di un terzo della somma dovuta [169]. Il caro artificiale delle granaglie era multato dalla *lex Julia de annonis* in venti aurei [170], e i dar-

(160) Cic. *pro Rabir.* 3, *fr.* 6. § 2. D. *ad l. Fab. de plagiar.* (48. 15), *Collat. leg. Mos.* xiv. 3.

(161) *Fr.* 1. 7. D. *h. t.*, *fr.* 4. § 2. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13), *Collat. leg. Mos.* xiv. 2. 3, *c.* 7. 16. C. *h. t.* (9. 20), *c. un.* C. Th. *h. t.* (9. 18), § 10. J *de publ. iud.* (4. 18).

(162) Liv. v. 32. xxxvii. 57. xxxviii. 54.

(163) Cic. *pro Cluent.* 53, *pro Murena* 20.

(164) *Fr.* 1. 4. § 7. *fr.* 6. § 1. 2. *fr.* 8. 9. § 3-6. *fr.* 10. 11. pr. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13).

(165) *Fr.* 3. D. *h. t.*, *c.* C. Th. *de crim. pecul.* (9. 28), *c.* 1. C. J. *de crim. pecul.* (9. 28), § 9. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(166) *Fr.* 6. § 2. *fr.* 13. D. *h. t.*, Paul. *sent. rec.* v. 27.

(167) *Fr.* 4. pr. § 1. *fr.* 9. § 1. D. *h. t.*

(168) *Fr.* 4. § 2. *fr.* 6. pr. *fr.* 9. pr. D. *h. t.*, Paul. *sent. rec.* v. 19.

(169) *Fr.* 2. 4. § 3. 4. 5. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13).

(170) *Fr.* 2. D. *de l. Jul. de annona* (48. 12).

danarii o incettatori di grano puniti in via straordinaria[171]. Finalmente dappoi le dodici tavole l'usuraio incorreva un'ammenda del quadruplo[172]. Molte leggi furono rese contro l'usura[173], e la legge Marcia, fra le altre, le applicò la *legis actio per manus iniectionem*[174]. Gli edili però la prosseguivano anche d'ufficio[175]. Diocleziano pronunciò contr'essa la pena dell'infamia[176], e tal si mantenne sotto Giustiniano che non adottò la costituzione con cui Teodosio aveva rimesso in vigore la pena disusata del quadruplo[177].

776. In origine i provinciali non avevano altro riparo dalle venalità ed estorsioni de' maestrati[178] che nel ricorso al senato, il quale, scelta nel suo grembo una commissione, dava a questa l'incarico d'investigare la cosa e determinare l'indennità voluta[179]. La prima legge resa sopra questi delitti fu la Calpurnia di L. Pisone Fruge (A. 605), la quale creò in pari tempo una commissione permanente da rinnovarsi ogni anno fra' senatori e giudicante in luogo del popolo[180]. L'opinione che questa legge abbia soltanto

(171) *Fr.* 6. D. *de extr. crim.* (47. 11), *fr.* 37. D. *de pœn.* (48. 19).
(172) Cato *de re rust. præf.*, (Ascon.) *in divin.* 7. p. 111. Orell.
(173) Liv. xxxv. 7.
(174) Gajus iv. 23.
(175) Liv. vii. 28. x. 23. xxxv. 41.
(176) *C.* 20. C. *ex quib. caus. infam.* (2. 12).
(177) *C.* 2. C. Th. *de usur.* (2. 33).
(178) I più recenti scritti in proposito sono: Rudorff nella Savigny *Zeitschrift* xii. 136-148; Rein *Criminalrecht* p. 604-672; C. T. Zumpt *de legibus iudiciisque repetundarum in republica Romana.* Berol. 1845. 4.
(179) Liv. xliii. 2.
(180) Cic. *in Verr.* iii. 84. iv. 25, *Brut.* 27, *de off.* ii. 21.
(181) L'unica menzione che se ne ha è nei *fragm. l. Servil. c.* 8. 22.

abilitato i peregrini a farsi accusatori non è capace di prova. Ad essa tenne dietro la Giunia[181]. Entrambe concessero pure di agire in ripetizione colla *legis actio sacramento*[182]; ma il tenore e la portata di questa concessione, cioè se ristretta a' cittadini ovveramente accomunata a' peregrini, sono punti per noi incerti[183]. Venne poscia la legge Acilia, della quale non conosciamo che una disposizione di diritto processuale[184]; e successivamente tra il 648 e il 654 la legge del tribuno C. Servilio Glaucia[185], che mutò bensì la procedura stabilita dalla legge Acilia, ma lasciò sussistere l'azione introdotta dalla Calpurnia e dalla Giunia[186]. Per essa, a quanto sembra,

(182) *Fragm. l. Servil. c.* 8.

(183) Gli scrittori moderni emettono qui le loro opinioni con soverchia sicurezza.

(184) Cic. *in Verr.* I. 17. II. 1, 9. *ibiq.* (Ascon.) p. 149. 165. Orell. Altri, come Klenze, Göttling e Rein pongono la *lex Acilia* dopo la *lex Servilia*. Ma il contrario è appoggiato a ragioni di maggior peso. Vedi Orelli *index legum v. Acilia*, Geib *Röm. Criminalprocess* p. 373; Zumpt p. 18. Così pure erroneamente Klenze e appo lui i più credono la legge romana incisa sulla tavola Bantinia (Haubold *monum.* p. 74) un frammento di questa *lex Acilia*. Opinione con cui mal s'accorda il tenore della medesima. Vedi Göttling *Urkunden* p. 44.

(185) Questa legge venne restituita coi frammenti che se ne conservarono in rame da Klenze *fragmenta legis Serviliae Repetundarum*. Berol. 1825. 4. Göttling *Urkunden* p. 40-43. ne ha fatto un nuovo riscontro coll'originale. Zumpt reputa ora quei frammenti una parte non della *lex Servilia*, ma della *lex Acilia*. Ma la sua principal ragione, che la *lex Servilia* non permettesse *ampliatio*, e che questa per l'appunto s'incontri in quei frammenti, non si può dedurre dai medesimi con certa scienza. La circostanza a lui contraria, che in altri racconti si fa menzione di disposizioni della *lex Servilia*, le quali si trovano anche nei frammenti suddetti, è da lui eliminata col supposto, che le medesime disposizioni facevano anche parte della *lex Acilia*.

(186) *Fragm. l. Servil. c.* 22.

la presidenza di quella commissione permanente, avuta in addietro dal pretore incaricato della giurisdizione sopra i peregrini, fu pur devoluta a un pretore da eleggersi a sorte fra gli altri quattro[187]. Alla legge di Glaucia seguitò la Cornelia di Silla[188], e a questa la lunga legge Giulia di Cesare[189], che rimase fino a tarda età il cardine della materia[190]. In origine il tribunale si limitava a dichiarare, se l'accusato era colpevole; ma in appresso gli stessi giudici cominciarono a fare l'estimazione di lite (*litis æstimatio*), la quale, se ben poteva tal fiata importare il capo e l'esilio[191], d'ordinario però aveva tratto alla sola rappresentazione del mal tolto[192], semplice dapprima, doppia dappoi la legge Servilia[193], e quadrupla dappoi la Cornelia[194]. A norma però della legge Giulia il colpevole incorreva ancora pene onorarie[195]. Più tardi questi delitti si punirono straordinariamente, e per lo più coll'esilio[196]. A so-

(187) *Fragm. l. Servil. c.* 6. 7.
(188) Cic. *pro Rabir. Post.* 4. Sotto l'impero di questa legge avvenne il processo contro Verre. Vedi in proposito Zumpt p. 42-50.
(189) Cic. *pro Sext.* 64, *pro Rabir. Post.* 4. 5. Ad essa accenna pure *ad famil.* VIII. 8, *pro Flacco* 6, *in Vatin.* 12. *ibiq.* Schol. Bob. p. 321. Orell. E di essa è forse il frammento riportato da Haubold *monum.* p. 140.
(190) D. XLVIII. 11, C. Th. IX. 27, C. J. IX. 27.
(191) Cic. *pro Cluent.* 41, *in Verr.* I. 13. *ibiq.* (Ascon.) p. 146. 147. Orell., *pro Balbo* 11; Vell. Pat. II. 8.
(192) *Fragm. l. Servil. c.* 18. 19; (Ascon.) *in Verr.* I. 13. p. 147. Orell., Cic. *pro Rabir. Post.* 4, *ad famil.* VIII. 8; Tacit. *ann.* I. 74.
(193) *Fragm. l. Servil. c.* 18.
(194) (Ascon.) *in Verr.* I. 13. p. 147. Orell.
(195) Sueton. *Cæsar* 43; Tacit. *hist.* I. 77, *fr.* 6. § 1. D. *h. t.*
(196) *Fr.* 7. § 3. D. *h. t.*, Tacit. *ann.* XIV. 28.

miglianza dei delitti di maestà, l'accusa poteva muoversi anche dopo morte[197], e contro i terzi a cui, come risultava dalle inchieste sulla estimazione di lite, s'era devoluta la roba estorta[198]. L'accettazione per parte di un giudice d'un donativo, che le dodici tavole avevano dichiarato delitto capitale[199], era un reato della specie ora descritta[200].

777. L'ambito ossia l'uso di mezzi illeciti per ottenere impieghi statuali era stato di buon'ora materia di leggi[201] e pene severe[202]. Una legge Cornelia, probabilmente del console Cn. Cornelio Dolabella (A. 595), puniva il reo di ambito coll'incapacità decennale ai maestrati[203]. Nella prima metà del secolo settimo già esisteva sopra questi reati una questione permanente[204]. Dopo gravi contenzioni, nell'anno 687 il senato vinse la legge Calpurnia, che pronunciò il divieto perpetuo da' maestrati e dal senato oltre ad una multa[205]. La legge Tullia di Cicerone (A. 691) v'arrose la pena dell'esilio per dieci anni[206]. Nel novero delle leggi relative a questo reato viene

(197) Plinius *epist.* III. 9, *fr.* 20. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 2. D. *h. t.*
(198) Cic. *pro Rabir. Post* 4. 6, *pro Cluent.* 41, *ad famil.* VIII. 8.
(199) Gellius XX. 1.
(200) Cic. *pro Cluent.* 37, *in Verr.* I. 13, *fr.* 3. 7. pr. D. *h. t.*, *fr.* 38. § 10. D. *de pœn.* (48. 19), Paul. *sent rec.* V. 28.
(201) Liv. IV. 25. VII. 15. IX. 26. XL. 19.
(202) Polib. VI. 56 (54).
(203) Livii *epit.* 47; Schol. Bob. *pro Sylla* 5. p. 361. Orell.
(204) Cic. *Brut.* 30.
(205) Dio Cass. XXXVI. 21; Ascon. *in Cornel.* p. 68. Orell., Schol. Bob. *pro Sylla* 5. p. 361. Orell., Cic. *pro Murena* 23.
(206) Dio Cass. XXXVII. 29; Cic. *pro Murena* 3. 23. 32, *in Vatin.* 15; Schol. Bob. *pro Sylla* 5. p. 362. *pro Sext.* 64. p. 309. Orell.

altresì la rogazione del tribuno Aufidio Lurco (A. 693), però non vinta[207], la *lex Licinia de sodaliciis* (A. 699), che per tale specie di ambito creò pure una questione[208], la legge Pompea (A. 702)[209], e finalmente la Giulia di Augusto[210]. L'accusatore che vinceva l'accusa godeva di certe ricompense; entrava, se gli metteva conto, nella tribù del condannato[211], e dove egli stesso fosse stato una volta condannato per un simile delitto, lo si restituiva contro la pena[212]. Sotto gl'imperatori, allorchè la nomina a' maestrati si devolse al principe, la legge Giulia più non ebbe forza che nel giro strettissimo degl'impieghi municipali[213]; ma continuò ad essere il titolo sopra cui si punivano certe illegalità nel procaccio dei pubblici impieghi[214].

778. I delitti straordinarii già vennero in parte indicati trattando dei delitti ordinarii loro affini. Restano perciò a citarsi i seguenti. I ladri di strada e banditi erano nell'interesse della sicurezza pubblica puniti con grandissimo rigore e in sul campo[215]; così pure i loro fautori[216]. L'evasione dal carcere o dal luogo assegnato a scontar la pena traeva seco la

(207) Cic. *ad Att.* I. 16. 18.

(208) Vedi § 240.

(209) Ascon. *in argum. Milon.* p. 37. Orell., Dio Cass. XL. 52.

(210) Sueton. *Octav.* 34; Dio Cass. LIV. 16.

(211) Cic. *pro Balbo* 25; Ascon. *in Milon.* 35. p. 54. Orell.

(212) Cic. *pro Cluent.* 36; Dio Cass. XL. 52, *fr.* 1. § 2. D. *de l. Julia ambit.* (48. 14).

(213) *Fr. un.* D. *ad l. Jul. ambit.* (48. 14), Paul. *sent. rec.* V. 30A.

(214) C. Th. IX. 26, C. J. IX. 26.

(215) *Fr.* 28. § 15. D. *de pœn.* (48. 19), *nov.* 134. *c.* 13.

(216) *Fr.* 13. pr. D. *de off. præs.* (1. 18), Paul. *sent. rec.* . . 3. § 4; D. XLVII. 16, C. Th. IX. 29, C. J. IX. 39.

pena del grado successivo, non esclusa la morte[217]. La partecipazione a collegi legalmente non autorizzati, sopra cui non pochi furono i senatoconsulti, editti e mandati[218], era punita come delitto di Stato[219]. Delitti straordinarii erano inoltre la concussione o captazione di un comando di maestrato[220], la prevaricazione degli avvocati contro i loro clienti e più tardi degli accusatori in un processo criminale[221], la denunzia mercenaria al fisco[222], il guasto malizioso delle cisterne pubbliche e nell'Egitto degli argini del Nilo[223], la provocazione di un aborto[224], la comunicazione d'un mal venereo[225], e l'uso d'incantesimi e ciarlatanismi illeciti[226]. Per fine tutti i raggiri e giunterie che come delitti non avevano un nome potevano essere prosseguiti straordinariamente a titolo di stellionato[227].

(217) *Fr.* 8. § 7. *fr.* 28. § 13. 14. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 1. § 1. D. *de effract.* (47. 18).

(218) *Fr.* 1. 3. D. *de colleg.* (47. 22), *fr.* 2. D. *de extr. crim.* (47. 11). Vedi § 239. 329.

(219) *Fr.* 2. D. *h. t.*, *fr.* 1. § 1. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4).

(220) *Fr.* 1. 2. D. *de concuss.* (47. 13).

(221) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de prævar.* (47. 15).

(222) Paul. *sent. rec.* v. 13. § 1. 2, *fr.* 2. pr. D. *de iure fisci* (49. 14), *c.* 1. 2. C. Th. *de petit.* (10. 10), *c.* 2. 4. 5. C. *de delat.* (10. 11).

(223) *Fr.* 1. § 1. *fr.* 10. D. *de extr. crim.* (47. 11), C. Th. ix. 32, C. J. ix. 38.

(224) *Fr.* 4. D. *de extr. crim.* (47. 22), *fr.* 38. § 5. *fr.* 39. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 8. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *nov.* 22. *c.* 16. § 1.

(225) Paul. *sent. rec.* v. 23. § 14, *fr.* 38. § 5. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 3. § 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(226) *Fr.* 7. 11. D. *de extr. crim.* (47. 11).

(227) *Fr.* 2. 3. 4. D. *stellionat.* (47. 20).

779. Dai delitti comuni si distinguevano i reati propriamente militari [228]. I quali erano il tradimento e il passaggio al nemico [229], la deserzione ed allontanamento senza licenza [230], l'abbandono del posto di guardia o picchetto [231], la resa e getto dell'armi in battaglia [232], la trasandata difesa di un superiore [233], gli apparecchi d'un ammutinamento [234], la disubbidienza e ritrosia verso i superiori [235], la vendita dell'armi e di capi di vestiario [236], il ferimento d'un camerata [237], il furto d'armi o quello commesso in campo [238], l'ascesa sul vallo dell'accampamento e salto del fosso [239], e il tentativo di suicidio [240]. Le pene erano diverse, ma generalmente severissime.

780. Finalmente per ciò che riflette i reati degli schiavi, da principio e' si punivano ad arbitrio, ma dopo un senatoconsulto del 773 venne loro in tutto applicato il gius comune [241]. Cionullameno esistevano ancora disposizioni particolari. A tenore delle

(228) *Fr.* 2. pr. *fr.* 6. pr. D. *de re milit.* (49. 16).

(229) Liv. xxx. 43, *fr.* 3. § 10. 11. 12. *fr.* 5. § 5-8. *fr.* 6. § 4. *fr.* 7. D. *h. t.*, *fr.* 8. § 2. *fr.* 38. § 1. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 3. § 6. D. *ad. l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(230) *Fr.* 3. pr. § 2. 3. 7. 8. 9. 16, *fr.* 4. § 13. 14. 15, *fr.* 5. pr. § 1-4. *fr.* 13. § 5. 6. *fr.* 14. pr. D. *h. t.* (49. 16).

(231) Polyb. vi. 36. 37. (34. 35), *fr.* 3. § 4. 5. 6. *fr.* 10. pr. D. *h. t.*

(232) Dionys. ix. 50; Polyb. vi. 37 (35), *fr.* 6. § 3. D. *h. t.*

(233) *Fr.* 3. § 22. *fr.* 6. § 8. 9. D. *h. t.*

(234) *Fr.* 3. § 20. 21. 22. *fr.* 16. § 1. D. *h. t.*

(235) *Fr.* 3. § 15. *fr.* 6. § 1. 2. *fr.* 13. § 4. D. *h. t.*

(236) *Fr.* 3. § 13. *fr.* 14. § 1. D. *h. t.*

(237) *Fr.* 6. § 6. D. *h. t.*

(238) Polyb. vi. 33. 35 (31. 33), Gellius xvi. 4, *fr.* 3. § 14 D. *h. t.*

(239) *Fr.* 3. § 17. 18. D. *h. t.*

(240) *Fr.* 6. § 7. D. *h. t.*, *fr.* 38. § 12. D. *de pœn.* (48. 19).

(241) *Fr.* 12. § 3. 4. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 20. D. *de obl.* (44. 7), *fr.* 4. § 2. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

dodici tavole lo schiavo trovato in furto manifesto era frustato e decollato; pure l'editto estese anche a lui la pena ordinaria del quadruplo[242]. Gli schiavi inoltre erano responsali della vita del loro padrone, sì che, venendo questi ucciso, tutti coloro che gli si trovavano dappresso, a tenore del senatoconsulto Silaniano (A. 763) e di parecchie disposizioni già contenute nella *lex Cornelia de sicariis*[243], erano diligentemente interrogati colla tortura sul reo e sul promotore del fatto, e quindi, perchè non assistevano il padrone, tutti insieme decollati[244]. Prima dell'esecuzione di questi ordini nè si poteva aprire il testamento dell'ucciso, nè adirne l'eredità sotto pena della perdita e devoluzione di questa allo Stato[245]. Un senatoconsulto pressochè sincrono al Silaniano (A. 764)[246], un altro senatoconsulto Neroniano, Claudiano o Pisoniano[247], e l'editto pretoriano che per giunta decretò contro l'apertura anzitempo del testamento una multa da prosseguirsi con azione popolare[248], convalidarono ancora e diedero compimento alle soprascritte disposizioni.

(242) Gellius xi. 18; Gajus iii. 189.
(243) *Fr.* 25. pr. § 1. D. *h. t.*
(244) *Fr.* 1. pr. § 7. 8. 9. 18-21. 25-28. *fr.* 6. pr. *fr.* 14. 17. 19. D. *ad SC. Silan.* (29. 5), Paul. *sent. rec.* iii. 5. § 3. 6. 7. 8. 11. 12; Tacit. *ann.* xiv. 42.
(245) *Fr.* 3. § 29. *fr.* 5. § 2. D. *h. t.*
(246) *Fr.* 13. D. *h. t.*
(247) Paul. *sent. rec.* iii. 5. § 5, *fr.* 8. pr. D. *h. t.*
(248) *Fr.* 25. § 2. D. *h. t.*, Paul. *sent. rec.* iii. 5. § 10.

CAPITOLO IV.

PENE.

781. Le pene sancite nelle antiche leggi erano otto: la multa, l'arresto personale, il bastone, il taglione, la perdita degli onori, l'esilio, la schiavitù, e la morte[1]. Sotto gl'imperatori se ne aggiunsero altre, e le pene furono allora variamente classificate. Primamente si distinse fra le multe pure o diminuzioni dell'avere, e le pene proprie. La differenza giaceva nell'aver queste, non quelle, ad oggetto gli onori civici[2]. Oltrecciò nel novero delle pene proprie si distinsero le capitali che toglievano la vita, la libertà od il cittadinatico[3], e le altre dove non si trattava di tanto[4]. Le pene proprie furono suddivise in gravi, mezzane e lievi[5]. Nell'applicazione di questi generi di pena v'ebbe di buon'ora un gran divario tra i cittadini e gli altri sudditi[6]. Più tardi vi sottentrò in certo modo l'antagonismo della gente volgare coi ceti più elevati[7], specialmente coi decurioni[8], i cui privilegi erano proprii anche de' veterani[9]. Gli schiavi si punivano con rigore maggiore

(1) Cic. *apud* Augustin. *de civit. Dei* xxi. 11.
(2) *Fr.* 131. D. *de verb. sign.* (50. 16), *c.* 1. C. *de modo mult.* (1. 54).
(3) *Fr.* 103. D. *de verb. sign.* (50. 16), *fr.* 2. pr. D. *h. t.* (48. 19).
(4) *Fr.* 2. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 28. pr. § 1. D. *h. t.*
(5) Paul. *sent. rec.* v. 17. § 3.
(6) Vedi § 95. 331.
(7) *Fr.* 28. § 2. 5. *fr.* 38. § 3. 5. 7. D. *h. t.*, *c.* 1. C. Th. *de falsa moneta* (9. 21), *c.* 75. C. Th. *de decur.* (12. 1).
(8) *Fr.* 9. § 11-15. *fr.* 15. 28. § 5. D. *h. t.*, *fr.* 6. § 2. D. *de interd.* (48. 22).
(9) *Fr.* 1. 3. D. *de veteran.* (49. 18), *c.* 5. C. *de pœn.* (9. 47).

di tutti, ma più tardi si pareggiarono quasi sempre al popolo minuto [10]. Però varie pene, segnatamente le pecuniarie e la relegazione, non potevano per lor natura essere applicate a servi [11]. Il manomesso condizionalmente, che un tempo incorreva la punizione di uno schiavo [12], fu più tardi da questo canto riguardato come libero [13].

782. Le multe si partivano in due specie. Le une erano quelle che in origine s'imponevano da' maestrati in forza della giurisdizione e podestà coercitiva loro spettante. Il massimo delle medesime era fissato dalla legge Valeria (A. 245) in due pecore e cinque buoi, ma la legge Aternia portollo a due pecore e trenta buoi [14]. Nelle multe che s'infliggevano a refrattarii, il maestrato incominciava da una frazione e cresceva sempre di uno [15]. L'usanza di esprimerle in pecore e buoi durò lungamente [16]; ma dopo la legge Papiria (A. 324) il pagamento prese a farsi in danaro, e la pecora fu estimata dieci assi, il bue cento [17]. Sotto gl'imperatori i rapporti d'estimo naturalmente cambiarono [18]. L'altra spezie di multe si componeva delle pene pecuniarie più gravi, a cui il popolo sulla proposta di un mae-

(10) *Fr.* 10. pr. *fr.* 16. § 3. *fr.* 28. § 16. D. *h. t.*
(11) *Fr.* 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 5. D. *si ex noxal.* (2. 9).
(12) *Fr.* 29. pr. D. *de statulib.* (40. 7).
(13) *Fr.* 9. § 16. D. *h. t.*, *fr.* 14. D. *de quæst.* (48. 18).
(14) Vedi § 38, nota 6. § 58. nota 26.
(15) Plinius *hist. nat.* xviii. 3; Gellius xi. 1; Varro *de ling. lat.* v. 177.
(16) Varro *de re rust.* ii. 1, 9; Gellius xi. 1.
(17) Liv. iv. 30; Cic. *de re publ.* ii. 35; Gellius xi. 1; Festus *v. Æstimata, Multam, Ovibus, Peculatus.* Nell'ultimo passo v'hanno contraddizioni ed errori.
(18) Vedi § 379.

strato condannava. La misura di queste od era indicata da una legge [19], o fissata ad arbitrio dal rogante; nel qual caso la multa per uso invalso non eccedeva la metà del patrimonio [20]. Del resto anche ne' giudizi penali si davano pene pecuniarie, le quali perciò erano vere pene [21]. Gl'inabbienti pagavano col carcere [22], o come gli schiavi [23], di pelle [24].

785. La più grave fra le pene capitali era la morte. Il primitivo genere di questa consisteva nello stendere il reo in sulla forca o nello stringergli la gola e frustarlo finchè fosse spirato [25]. Altri generi erano la decapitazione, in origine con la mannaia [26], sotto gl'imperatori col gladio, reputato più mite [27], il getto da una rocca [28], lo strangolamento in prigione [29], più tardi vietati entrambi [30], il rogo [31] e la

(19) *Fr.* 244. D. *de verb. sign.* (50. 16). Esempi di cotali multe legali ci porgono *fragm. l.* (*Acil. repetund.*) lin. 7; *fragm. plebisc. antiq.* lin. 5. (HAUBOLD *monum.* p. 75. 83).

(20) CATO *ap.* GELL. VII. 3; *Lex Silia apud* FEST. *v. Publica pondera* (dove vuol leggersi *minore parti familias*), *fragm.* (*l. Acil. repetund.*) lin. 10.

(21) *Fr.* 2. D. *de publ. iudic.* (48. 1), 2. J. *de publ. iudic.* (4. 18).

(22) DIONYS. *fragm.* XIII. 5; PLUTARCH. *Cato Mai.* 15.

(23) *Fr.* 1. § 3. D. *h. t.*, *fr.* 7. § 3. D. *de iurisd.* (2. 1).

(24) *Fr.* 5. D. *si ex noxal.* (2. 9), *fr.* 3. § 1. D. *de termin.* (47. 21).

(25) SUETON. *Nero* 49; LIV. III. 55; TACIT. *ann.* II. 32. XVI. 11.

(26) DIONYS. II. 29; LIV. II. 5. X. 1. 9.

(27) *Fr.* 8. § 1. D. *h. t.*, LACTANT. *de mort. persec.* 22.

(28) GELLIUS XX. 1; LIV. VI. 20; DIO CASS. LX. 18.

(29) SALLUST. *Catil.* 55; VALER. MAX. V. 4, 7; TACIT. *ann.* VI. 39.

(30) *Fr.* 8. § 1. *fr.* 25. D. *h. t.*

(31) DIODOR. XII. 26; AMM. MARC. XXVIII. 1, 28. 29; *fr.* 8 § 2. *fr.* 28. pr. § 11. 12. D. *h. t.*

crocifissione[32], la quale fu da Costantino vietata[33] e surrogata colla forca, ossia nel nuovissimo diritto col laccio[34]. La sepoltura in vita non si praticava che sulle Vestali ree d'incesto[35]. Fuori di ciò, generalmente non ripugnava lo abbandonare una vergine alla mannaia del carnefice, nè fu che tardi un tal atto recato a vitupero[36]. Il solo imperatore poteva permettere al reo la scelta del genere di morte[37]. A cotal pena equivaleva nel fatto la condanna al ferro de' gladiatori[38], abolita con costoro a tempo di Costantino[39], e la condanna alle bestie[40]. Ma quest' ultima non si applicava a cittadini romani[41], e più tardi si decretava generalmente contro la sola gente minuta[42]. Chi non soccombeva di subito alle bestie era finito nello spoliario[43].

784. Altra pena capitale era la deiezione in servitù. Nell'antico diritto questa pena si applicava di rado[44]. Più tardi fu introdotta la condanna alle miniere,

(32) DIONYS. V. 51; LIV. XXX. 43; PAUL. *sent. rec.* V. 17. § 3. V. 21. § 4. V. 22. § 1.
(33) AUREL. VICTOR *de Cæsar.* 41; SOZOMEN. *hist. eccl.* I. 8.
(34) *Fr.* 28. pr. § 15. *fr.* 38. § 2. D. *h. t.*
(35) DIONYS. II. 67; PLUTARCH. *Numa* 10; LIV. VIII. 15.
(36) SUETON. *Tiber.* 61; DIO CASS. LVIII. 11; TACIT. *ann.* V. 9.
(37) TACIT. *ann.* XV. 61; SUETON. *Domit.* 8. 11; *fr.* 8. § 1. D. *h. t.*
(38) ULPIAN. *in Collat. leg. Mos.* XI. 7; PAUL. *sent. rec.* V. 17. § 3. *c.* 1. C. Th. *ad l. Fab.* (9. 19).
(39) C. 1. C. Th. *de gladiat.* (15. 12), *c.* 1. *C. J. de gladiat.* (11. 43).
(40) *Fr.* 1. pr. D. *h. t.*
(41) *Acta. S. Pothini et martyr. Lugdun.* 11. 12.
(42) PAUL. *sent. rec.* V. 23. § 1. 15. 16. 17; *fr.* 3. § 5. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8), *fr.* 1. 3. D. *de veteran.* (49. 18).
(43) SENECA *epist.* 93. *i. f.*, *Acta S. Perpetuæ* 21.
(44) Vedi § 451. 483.

che si distingueva, benchè nella sostanza poco diversa l'una dall'altra, in condanna al metallo (*in metallum*) ed in condanna a un lavoro analogo (*in opus metalli*), entrambe, ove d'uopo, da scontarsi anche all'estero[45]. Di regola questa pena si decretava a vita[46], contro però dei soli schiavi e della gente minuta[47], e le donne erano per lo più condannate a prestar servizio ai minatori (*in ministerium metallicorum*)[48]. Non dissimile da questa era la condanna ai ludi gladiatorii o venatorii[49]. I condannati a questa pena od alle miniere venivano per giunta marchiati in viso, rigore non temperato prima di Costantino[50]. La condanna a tutte queste pene di vita e libertà rendeva il colpevole, dal momento della sentenza, servo, non dell'imperatore, ma della pena[51]. Perciò lo schiavo condannato ad una di esse non apparteneva più al suo padrone[52]. I condannati ai ludi potevano tuttavia dopo un certo tempo riacquistare la libertà[53].

785. Il diritto antico non aveva pene capitali che lasciassero la libertà, togliendo soltanto il cittadinatico[54]. Nondimeno per evitar l'onta di un'accusa od una

(45) *Fr.* 8. § 4. 5. 6. *fr.* 28. pr. D. *h. t.*, *fr.* 5. § 3. D. *de extr. cogn.* (50. 13).
(46) *Fr.* 28. § 6. *fr.* 22. 23. D. *h. t.*
(47) *Fr.* 8. § 12. *fr.* 28. § 5. D. *h. t.*, *fr.* 3. D. *de veteran.* (49. 18).
(48) *Fr.* 8. § 8. *fr.* 36. D. *h. t.*, c. 9. C. *h. t.* (9. 47).
(49) ULPIAN. *in Collat. leg. Mos.* XI. 7; *fr.* 8. § 11. 12. D. *h. t.*
(50) C. 2. C. Th. *h. t.* (9. 40), c. 17. C. J. *h. t.* (9. 47).
(51) *Fr.* 6. § 6. D. *de iniusto* (28. 3), *fr.* 25. § 2. 3. D. *de acq. vel om. hered.* (29. 2), *fr.* 8. § 11. *fr.* 12. *fr.* 17. pr. *fr.* 36. D. *h. t.* Vedi § 451.
(52) *Fr.* 8. § 12. D. *h. t.*
(53) ULPIAN. *in Collat. leg. Mos.* XI. 7. Vedi sopra di ciò GOTHOFR. *ad c. un.* C. Th. *ad l. Fab.* (9. 18).
(54) CIC. *pro Cæcina* 34; *Declam. pro domo* 29.

pena più grave, il reo si riduceva spesso volontariamente in esilio[55]. Ma questo spediente nol preservava da reclami per la sua tradizione; nè lo Stato poteva rimanersi indifferente per la sua sicurezza al luogo scelto a dimora dagli esulanti. Quindi è che il bando volontario era sempre seguito da un plebiscito, il quale riconosceva giusto l'esilio[56], e per rendere in pari tempo il ritorno impossibile, interdiceva di prestare all'esule ricetto, fuoco ed acqua[57]. Le leggi Porcie ed altre accordarono universalmente il diritto di esulare[58], ma furono eziandio designate le città ovegli esulanti potevano intrattenersi, e nelle lettere ai confederati si pigliavano gli opportuni accordi[59]. A fianco tuttavia di quest'emigrazione spontanea s'introdusse fin dai tempi della repubblica la decretazione a titolo eziandio di pena e per voto popolare dell'esilio unitamente all'interdizione del fuoco e dell'acqua[60]. Gl' imperatori aggiunsero spesso la designazione di una data isola[61]. Così l'esilio ossia l'interdizione d'antica foggia e la deportazione stettero l'una a fianco dell' altra come pene casualmente pari[62]; benchè in fatto

(55) Liv. i. 41. ii. 35. iii. 13. 58. v. 32; Cic. *pro Cæcina* 33. 34.
(56) Liv. xxvi. 3. A ciò allude anche Liv. v. 32. 46.
(57) Liv. xxv. 4.
(58) Sallust. *Catil.* 51.
(59) Polyb. vi. 14 (12); Liv. xliii. 2. Onde poteva essere, che uno Stato non potesse ricettare esiliati romani, Polyb. xxii. 26, e per contrario che un forestiero non avesse in Roma il *ius exulandi*, Cic. *de orat.* i. 39.
(60) Appian. *de bell. civ.* i. 31; *Declam. pro domo* 31; Cic. *pro Muren.* 23; Dio Cass. xxxvii. 29. xxxviii. 17. 18.
(61) Dio Cass. lvi. 27; Tacit. *ann.* iii. 38. 68. 69. iv. 13. 21. 30. vi. 30.
(62) *Fr.* 8. § 1. 2. D. *qui testam.* (28. 1), *fr.* 1. § 2. D. *de legat.* iii. (32), *c.* 1. C. *de repud.* (5. 17).

la più in uso fosse la deportazione[63]. Entrambe traevano seco la perdita del cittadinatico[64], e così del diritto di testare e succedere[65]; che anzi il deportato si considerava per rapporto al diritto civile come morto[66]. Del resto i prefetti pretoriani, i loro vicari provvisorii e il prefetto di città erano i soli in diritto d'infliggere la deportazione; e i governatori ne dovevano aver comandamento dall'imperatore[67]. Un' altra pena che produceva la perdita del cittadinatico era la condanna ai lavori pubblici (*in opus publicum*), se a vita[68]. Questa pena non si applicava nè a persone di ceto elevato, nè a schiavi[69].

786. Alle pene capitali era annessa la perdita e devoluzione dei beni allo Stato. A tempo già della repubblica l'esilio traeva per lo più con se la pubblicazione dei beni[70]. A maggior ragione, sotto gl' imperatori la confisca dei beni andò congiunta non solo a tutte le pene di vita e libertà[71], ma all'esilio e alla deportazione[72], nonchè, come pare, alla

(63) *Fr.* 2. § 1. D. *h. t.*, *fr.* 3. D. *ad l Jul. pecul.* (48. 13).
(64) *Fr.* 1. § 2. 3. 4. D. *de legat.* III. (32), *fr.* 2. § 1. *fr.* 17. § 1. D. *h. t.*, *fr.* 5. § 3. D. *de extr. cogn.* (50. 13), PLINIUS *epist.* IV. 11; GAJUS I. 90. 128.
(65) *Fr.* 13. D. *de bon. poss.* (37. 1), *fr.* 7. § 5. D. *de bon. damnat.* (48. 20), c. 2. C. *de bon. proscript.* (9. 49).
(66) *Fr.* 1. § 8. D. *de b. p. contra tab.* (37. 4), *fr.* 4. § 2. D. *de bon. libert.* (38. 2). Vedi SAVIGNY *System* II. 71-73.
(67) *Fr.* 1. § 4. D. *de legat.* III. (30), *fr.* 6. § 1. D. *de interd.* (48. 22), *fr.* 2. § 1. D. *de pœn.* (48. 19).
(68) *Fr.* 17. § 1. *fr.* 28. § 6. D. *h. t.*, c. 1. C. *h. t.* (9. 47).
(69) *Fr.* 3. D. *de veteran.* (49. 18), c. 3. C. *h. t.*, *fr.* 34. pr. D. *h. t.*
(70) DIONYS. VIII. 79; LIVIUS III. 58. XXV. 4; DIO CASS. XXXVIII. 17.
(71) DIO CASS. LVIII. 16; *fr.* 1. pr. D. *de bon. damnat.* (48. 20).
(72) TACIT. *ann.* III. 23. 68. IV. 20. 21. XIII. 43; *fr.* 8. § 1. 2. D. *qui testam.* (28. 1), HERENN. MODESTIN. *fragm.* (*in Ulpiani*

condanna ai lavori forzati a vita[73]. Di regola però, se il condannato aveva prole, questa ne riteneva la metà[74]. Inoltre, da poi Teodosio secondo i presidi delle provincie dovevano a ciascuna confisca interpellarne l'imperatore[75], e Giustiniano l'abolì poscia compiutamente, salvo ne' delitti di maestà, quando esistessero discendenti ed ascendenti fino al terzo grado[76]. Ma la devoluzione dei beni al fisco presupponeva sempre una perfetta condanna[77]. Quindi, se durante il processo[78], anzi pure a condanna pronunciata ma durante l'appellazione, l'accusato moriva, la sua successione si apriva nel modo ordinario[79], salvo solo nell'ultimo caso il debito per gli eredi di condurre a termine l'appellazione[80]. L'accusato però che si dava la morte non poteva impedir la confisca[81]; e quanto a' delitti di maestà e concussioni, l'accusa non solamente poteva darsi dopo il decesso del reo,

fragm. ed. Böcking 1845. p. 148), *fr.* 3. D. *de interd.* (48. 22), *c.* 6. C. *de bon. proscript.* (9. 49).

(73) *C.* 1. *C. h. t.* (9. 47).

(74) *Fr.* 7. pr. § 2. 3. 4. *fr.* 1. § 1. 2. 3. D. *de bon. damnat.* (48. 20), *c.* 10. C. *de bon. proscript.* (9. 49). La versatilità delle leggi appare dalle *c.* 2. 4. 6. 8. 9. 10. 23. 24. C. Th. *de bon. proscript.* (9. 42).

(75) *C. un.* C. Th. *ne sine iussu* (9. 40).

(76) *Nov.* 17. *c.* 12, *nov.* 134. *c.* 13.

(77) *Fr.* 2. D. *de bon. damnat.* (48. 20), *fr.* 2. § 1. D. *de bon. eor.* (48. 21), *fr.* 20. D. *de accus.* (48. 2).

(78) *Fr.* 45. § 1. D. *de iure fisci.* (49. 14), *fr.* 9. D. *qui testam.* (28. 1).

(79) *Fr.* 13. § 2. D. *qui testam.* (28. 1), *fr.* 6. § 8. D. *de iniust.* (28. 3).

(80) *Fr.* 1. pr. D. *si pendente appell.* (49. 13), *c.* 3. C. *eod.* (7. 66).

(81) *Fr.* 3. D. *de bon. eor.* (48. 21), *fr.* 6. § 7. D. *de iniusto* (28. 3). In origine la cosa era diversa, DIO CASS. LVIII. 15; TACIT. *ann.* VI. 29.

ma traeva seco anche in questo caso la confisca [82].

787. Le pene non capitali si riferivano od al corpo od alla libertà o semplicemente agli onori civici. Fra le prime viene anzitutto il taglione, finchè fu praticato [83]. Ma fuor di questa, le pene mutilanti erano rare anche nel nuovo diritto [84], e Giustiniano per giunta le mitigò [85]. Usavansi inoltre varie qualità di pene afflittive. La flagellazione con verghe a tempo della repubblica era sui cittadini vietata [86]; ma non le altre battiture, ed a questo riguardo v'erano leggi [87]. Sotto gl' imperatori la loro applicazione fu ristretta alla gente minuta [88], e sui liberi s'adoperò il bastone, sugli schiavi la frusta più ignominiosa [89]. Nel novero di queste pene cade altresì la condanna temporaria a servigi manuali nelle miniere, od ai lavori pubblici [90]. Le pene non capitali di libertà erano l'arresto personale e la relegazione. Il primo si operava o per semplice reclusione, o con imposizione di ceppi [91]. L'arresto poteva eziandio infliggersi a vita [92]; salvochè più tardi questo potere fu tolto ai gover-

(82) *Fr.* 11. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4), *fr.* 20. D. *de accus.* (48. 2).

(83) Vedi § 760.

(84) *C.* 1. C. *de serv. fugit.* (6. 1), *nov.* 17. *c.* 8. *nov.* 42. *c.* 1.

(85) *Nov.* 134. *c.* 13.

(86) Vedi § 38. 95.

(87) Festus *v. pro scapulis.* Questa differenza passò inosservata a tutti gli scrittori moderni.

(88) *Fr.* 28. § 2. 5. D. *h. t.*, *fr.* 1. 3. D. *de veteran.* (48. 19).

(89) *Fr.* 6. § 2. *fr.* 7. 10. pr. *fr.* 28. § 2. 4. D. *h. t.*

(90) *Fr.* 28. § 1. D. *h. t.*, *fr.* 5. § 2. D. *de extr. cognit.* (50. 13).

(91) *Fr.* 9. D. *ex quib. caus. maior.* (4. 6), *fr.* 1. § 4. D. *de aleat.* (11. 5), *fr.* 216. 224. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(92) Valer. Max. vi. 3, 3. ix. 15, 5; Cic. *in Catil.* iv. 4. 5.

natori sugli uomini liberi[93]. Ma gli schiavi potevano essere condannati al carcere sì a tempo che in perpetuo e restituiti al padrone sotto questa condizione[94]. La relegazione consisteva nell'espulsione da un dato luogo o nel confino a un dato luogo[95], l'uno e l'altra a tempo od in perpetuo[96]. Già sotto la repubblica se ne hanno esempi[97]. Ma ella non produceva alcuna perdita di diritti civili[98], nè senza una solenne dichiarazione la confisca dei beni[99], la quale pel rimanente non si ammetteva che nella relegazione perpetua[100], ed anche allora veniva ristretta frequentemente ad una parte dei beni[101]. La relegazione impertanto era sostanzialmente diversa dall'esilio[102], benchè più tardi formossi dell'esilio un concetto più largo, nel quale fu pur compresa la relegazione[103]. La forma più mite di relegazione era l'arresto in casa[104].

(93) *Fr.* 8. § 9. *fr.* 35. D. *h. t.*, c. 6. C. *h. t.* (9. 47). Reca un'eccezione *fr.* 28. § 14. D. *h. t.*
(94) *Fr.* 8. § 13. *fr.* 33. D. *h. t.*, *c.* 6. 10. C. *h. t.* (9. 47).
(95) *Fr.* 7. pr. § 1. 5-19. *fr.* 19. pr. D. *de interdict. et relegat.* (48. 22).
(96) *Fr.* 7. § 2. *fr.* 14. pr. D. *de interd.* (48. 22).
(97) Liv. xl. 41.
(98) *Fr.* 4. 7. § 3. *fr.* 14. § 1. *fr.* 17. 18. pr. D. *de interd* (48. 22).
(99) *Fr.* 1. 4. 14. § 1. D. *de interd* (48. 22), c. 8. C. *de pœn.* (9. 47), *c.* 6. C. *si reus* (9. 6).
(100) *Fr.* 7. § 4. D. *de interd.* (48. 22).
(101) Paul. *sent. rec.* ii. 26. § 14. v. 25. § 8. v. 26. § 3.
(102) *Fr.* 2. D. *de publ. iudic.* (48. 1), Ovid. *trist.* ii. *v.* 137. v. 11. *v.* 15-21.
(103) *Fr.* 4. 5. D. *de interd.* (48. 22), *fr.* 4. pr. D. *si quis caution.* (2. 13), Paul. *sent. rec.* v. 17. § 3. Tutt'in contrario s'usa talvolta *relegatio* invece di *exilium* propriamente detto, *fr.* 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2).
(104) *Fr.* 9. D. *de interd.* (48. 22).

788. Tra le pene infamanti la più grave era lo stato d'un uomo dichiarato legalmente tristo e indegno di fede[105]; la qual dichiarazione lo rendeva pressochè inabile a tutto il civile commercio[106]. La pena dell'infamia era men grave[107]; senonchè ancor essa offendeva una parte del capo (*caput*)[108], ed escludeva dalle tribù[109], dai comizi, da' maestrati[110] e da altre maggiori cariche civili[111]; motivo per cui l'infamia colpiva solamente il sesso maschile. Ma questo principio mutò col sopravvenire della legge Giulia, la quale restrinse in certe femmine per ragion dei loro atti vituperosi la capacità di matrimonio, onde la giurisprudenza pose eziandio questa categoria di persone nel novero delle infami[112]. Anche le donne rimasero allora colpite in certi casi d'infamia, e in tale conformità l'editto fregiossi di nuove disposizioni[113]. Nel diritto Giustinianeo tutte queste restrizioni furono nuovamente tolte[114]; ma non fu già tolta la

(105) *Improbus intestabilisque*, GELLIUS VI. 7. XV. 13; § 6. J. *de testam.* (2. 10).

(106) *Fr.* 18. § 1. *fr.* 26. D. *qui testam.* (28. 1), THEOPHIL. II. 10, 6.

(107) Di essa tratta per disteso SAVIGNY *System* II. § 76-83. e *Beilage* VII.

(108) CIC. *pro Rosc. Com.* 6. Onde anche una semplice *causa existimationis* si diceva *causa capitis*, *pro Quint.* 8. 9; *fr.* 103. D. *de verb. sign.* (50. 16).

(109) LIV. VII. 2.

(110) CIC. *pro Cluent.* 42. 43; *lex Julia municipalis* lin 34-49 (HAUBOLD *monum.* p. 122-126), *fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2), *fr.* 40. D. *de iniur.* (47. 10).

(111) *Fr.* 1. § 8. *fr.* 9. D. *de postul.* (3. 1), *fr.* 2. D. *de off. assess.* (1. 22), *fr.* 4. § 1. D. *de legation.* (50. 7).

(112) Vedi § 494. nota 43-47.

(113) Ciò è indicato dal confronto del *fr.* 1. D. *de his qui not.* (3. 2) coi *fragm. Vatic.* § 320. Vedi anche in proposito § 505.

(114) V. § 494. nota 44. 48.

possibilità dell' infamia per le donne, benchè ridotta a un nome vuoto, spoglio d'effetti giuridici[115]; ed è perciò che nelle raccolte giustinianee vennero ancora inserti varii frammenti relativi a questo punto[116]. Del rimanente, oltre ai casi già per incidenza indicati, la pena dell' infamia teneva dietro ad ogni condanna pronunziata in *publicum iudicium*[117], come si a certi delitti privati, o sia che si prosseguissero con azione privata[118], o sia che a modo di un delitto straordinario[119], e finalmente ad alcune azioni anche civili[120]. A queste disposizioni il giudice non poteva recar mutamento[121]; ma dove avesse illegalmente decretato una pena troppo grave, poteva in compenso tralasciare di pronunciar l'infamia[122]. Altre

(115) Ne fa prova la *nov.* 22. *c* 22.

(116) Vedi § 505. nota 154. 159. Nel passo principale dell'editto riportato nelle Pandette le nuove disposizioni relative all'infamia delle donne furono, a dir vero, nnovamente cassate (nota 113). Ma ciò si spiega da che quel titolo delle Pandette tratta unicamente dell' infamia per relazione al postulare, della qual cosa non poteva parlarsi in proposito di donne. SAVIGNY II. p. 221. 537. 538. 547. 548. 555. tenta di spiegar la cosa dicendo, che nel Diritto Giustinianeo l'infamia si rese di nuovo inapplicabile alle donne. Ma quest' asserzione è primamente combattuta dalla *nov.* 22. *c.* 22, come già notammo (§ 506, nota 159). In secondo luogo vi contraddice la circostanza, che l'importanza giuridica dell' infamia delle donne non fu compiutamente tolta che colla *nov.* 117. *c.* 6. (§ 494, nota 48), epperò al tempo in cui si compilarono le Pandette, sussisteva ancora.

(117) *Fr.* 7 D. *de publ. iudic.* (48. 1).

(118) *Fr.* 1. 4. § 5. *fr.* 6. 7. pr. § 1-4. D. *de his qui not.* (2. 4).

(119) *Fr.* 7. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 13. § 8. D. *de his qui not.* (3. 2), *fr.* 1. D. *de sepulchr. viol.* (47. 12), *c.* 12. C. *ex quib. caus. infam.* (2. 12).

(120) V. § 719, nota 63. 64. § 742, nota 24.

(121) *Fr.* 63. D. *de furt.* (47. 2), *fr.* 40. D. *de iniur.* (47. 10).

(122) *Fr.* 13. § 7. D. *de his qui not.* (3. 2), *fr.* 10. § 2. D. *de pœn.* (48. 19).

pene infamanti erano l'espulsione dal senato o dalla curia, a tempo od in perpetuo[123], il divieto da tutti o da alcuni soltanto degli impieghi onorifici[124], e l'interdizione, perpetua o a tempo, di un ceto o professione[125]. La privazione di sepoltura in pena del suicidio commesso senza licenza non è un trovato romano, ma greco[126].

789. Pene propriamente militari erano la morte di bastone per mano dei camerati[127], la decimazione[128], la vendita in ischiavitù[129], il congedo vituperoso[130], la destituzione dal grado, la rilegazione in una divisione inferiore dell'armata[131], l'imposizione di vili servigi[132], la diminuzione del soldo[133], le multe con sequestro[134], i colpi di verga e bastone[135], le cavate

(123) *Fr.* 5. § 2. D. *de extr. cogn.* (50. 13), *fr.* 2. 3. D. *de senat.* (1. 9), *fr.* 7. § 20. D. *de interd.* (48. 22), *fr.* 2. § 1. 2. 5. *fr.* 3. § 1. *fr.* 5. D. *de decur.* (50. 2), *fr.* 15. pr. D. *ad municip.* (50. 1), *c.* 1. C. *de his qui in exil.* (10. 59).

(124) *Fr.* 5. § 2. D. *de extr. cogn.* (50. 13), *fr.* 7. § 21. 22. D. *de interd.* (48. 22).

(125) *Fr.* 8. pr. *fr.* 9. pr. § 1-10. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 1. § 13. D *de off. præf. urb.* (1. 12), *fr.* 3 § 1. D. *de decur.* (50. 2), *fr* 8. D. *de postul.* (3. 1), *c.* 1. C *de his qui in exil.* (10 59).

(126) Quintil. *Decl.* 4. 337; Dio Cass. lxix. 8. Vedi Rein *Röm. Criminalrecht* (p. 884. 886.

(127) Polyb. vi. 37 (35), Dionys. ix. 50.

(128) Polyb. vi. 38 (36), Frontin. *strateg.* iv. 1, 34. 35. 36.

(129) Liv. xl. 41; Livii *epit.* 55.

(130) Hirt. *de bell. Afric.* 54; Sueton. *Octav.* 24; *fr.* 1. 2. pr. § 1-4. D. *de his qui not.* (3. 2), *c.* 3. C. *de re milit.* (12. 36).

(131) *Fr.* 3. § 1. D. *de re milit.* (49. 16), Valer. Max. ii. 7, 9. 15.

(132) *Fr.* 3. § 1. D. *de re milit.* (49. 16), Frontin. *strateg.* iv. 1, 43.

(133) Liv. xl. 41, Festus *v. Dirutum.*

(134) *Fr.* 3. § 1. D. *de re milit.* (49. 16), Festus *v. Censio, Deprehensa.*

(135) Valer. Max. ii. 7, 4; Livii *epit.* 57.

di sangue[136], i disagi corporali[137], la riduzione a vitto cattivo[138], il campeggiare fuor delle tende[139], e la marcia presso le bagaglie[140]. Dalle morti ignominiose e dalla tortura i soldati erano immuni[141]. Così pure la condanna a morte per un reato militare non produceva la confisca degli acquisti fatti nel militare servizio[142].

—

CAPITOLO V.

I GIUDIZI[1].

790. Nella prima età la pienezza d'impero annessa alla dignità regia inchiudeva pure il diritto di punire nella persona, nella vita e nei beni. La consuetudine ne regolava l'esercizio e le leggi nol li-

(136) Gellius x. 8; Frontin. *strateg.* iv. 1, 16.
(137) Valer. Max. ii. 7, 9; Livius xxiv. 16; Sueton. *Octav.* 24.
(138) Polyb. vi. 38 (36), Frontin. *strateg.* iv. 1, 25.
(139) Polyb. vi. 38 (36), Valer. Max. ii. 7, 15.
(140) Amm. Marc. xxv. 1.
(141) *Fr.* 3. § 1. 10. D. *de re milit.* (49. 16), *c.* 8. C. *de quaestion.* (9. 41), *Acta S. Tarrach.* 1.
(142) *Fr.* 6. § 6. D. *de iniust.* (28. 3), *fr.* 11. pr. D. *de test. mil.* (29. 1), *fr.* 1. 2. D. *de veter. succ.* (38. 12), *c.* 13. C. *de test. mil.* (6. 21).
(1) Geib *Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians.* Leipzig 1842; Laboulaye *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats.* Paris 1845. Questa seconda opera, stando al titolo, non tratta che di una specialità. Ma in fatto è un' esposizione di tutta la procedura criminale romana desunta dagli scrittori tedeschi, particolarmente da Geib, dove ciò che dovrebb'essere l'oggetto principale non ne forma che una piccola parte.

mitavano guari. Il re stesso col suo consiglio teneva giudizio dei misfatti gravi; e i men gravi dava a conoscere partitamente a senatori[2]. Il suo pronunciato non ammetteva appello[3]. Ma ne' delitti che turbavano la pace e l'autor de' quali come nemico dello Stato incorreva la morte, il re poteva proporre e deputare a giudici due *duumviri perduellionis* da eleggersi dai comizi delle curie; e da questi si poteva provocare a' comizi[4]. La ricerca e prossecuzione dei delitti era affidata a due *quæstores parricidii*[5].

791. Abolito il monarcato, la podestà criminale passò in tutta la sua pienezza a' consoli: ma lo spiro della nuova libertà la restrinse subitamente. Le cause capitali de' cittadini romani furono dalla legge Valeria (A. 245) dichiarate di competenza dei comizi delle curie[6], poi dalle leggi delle dodici tavole di competenza de' comizi centuriati; e questa franchigia rinnovata da una legge Sempronia si mantenne viva sino agli ultimi tempi della repubblica[7]. I tribuni inoltre avevano conquistato il diritto di accusare e proporre multe ne' comizi delle tribù[8]. Così la podestà penale regolare passò nel popolo; il quale però non sempre s'ingeriva in queste bisogne, ma frequentemente eleggeva all'inchiesta e decisione della causa uno o più inquisitori[9], o l'uno e l'altro uffi-

(2) Liv. I. 49; Dionys. II. 14. 29. IV. 25.
(3) Vedi Woeniger *das Provocationsverfahren der Römer.* Leipzig 1843.
(4) Vedi § 19. nota 29. A questa provocazione accenna l'espressione usata da Cicero *de re publ.* II. 31.
(5) Vedi § 19. nota 28.
(6) Vedi § 38. nota 5.
(7) Vedi § 47. nota 13. § 95. nota 11. § 110. nota 39.
(8) Vedi § 6. 41. 48. 110.
(9) Livius IV. 51.

cio commetteva al senato[10]. Pel rimanente a fianco di questi nuovi ordini il giudicio di perduellione perseverò nelle antiche sue forme, dapprima ne' comizi delle curie, quindi col cader di questi ne' comizi delle centurie[11], e in sul finire della repubblica ne occorre ancora un esempio con duoviri appositamente scelti[12].

792. Ma oltre al popolo anche il senato s'ingeriva della cognizione dei delitti, sovratutto se relativi all'amministrazione superiore. Egli era che decerneva il trattamento e castigo da infliggersi alle colonie e città suddite ribellate[13]; che statuiva, dove gli paresse richiesto dalla quiete del paese e dalla pubblica disciplina, sopra i reati di particolare gravità commessi in Italia[14]; che prosseguiva nella stessa Roma e contro cittadini romani i delitti che pel numero, novità o diramazione loro incutevano spavento all'universale[15]; che infine riceveva le accuse de' confederati e provinciali sulle angherie de' maestrati[16]. In questi casi in cui aveva da ricercare e punire di proprio diritto, o, come sopra notammo, a richiesta del popolo, pigliava esso stesso ingerenza[17]; ma per l'ordinario deputava inquisitori nella persona il più sovente de'

(10) Liv. xxvi. 33. 34. xxxviii. 54. xlii. 21.
(11) Vedi § 49. 115.
(12) Dio Cass. xxxvii. 27; Cic. *pro Rabir.* 4. 5; Sueton. *Cæsar* 12.
(13) Dionys. v. 60; Livius iv. 30. vi. 12. 13. 17. 26. ix. 25. 26. x. 1.
(14) Polyb. vi. 13 (11), Liv. xxxi. 12. xxxii. 1. 26. xxxiii. 36. xxxix. 38. 41. xl. 37. 43; Cic. *Brut.* 22.
(15) Dionys. v 55. 57; Liv. viii. 18. ix. 26. xxxiv. 44. xxxix. 14. xl. 19. 37. 44; Cic. *ad Att.* ii. 24.
(16) Liv. xxxix. 3. xliii. 2; Livii *epit.* 54.
(17) Valer. Max. iv. 1, 7; Plutarch. *Marcell.* 23.

consoli o di un pretore[18]. Se la questione aveva tratto a cause capitali di cittadini romani, doveva mai sempre essere autorata dal popolo[19]. Ma se la patria era in pericolo, e il delitto o confessato o palese, il senato ne decretava senza più l'istruzione e il supplizio[20].

793. Del rimanente a' maestrati era tuttavia lasciato un certo potere criminale. Il loro diritto di multare ben fu ristretto dalla legge Valeria (A. 245) e dalla Aternia (A. 300) ad una certa misura[21]; come si venne ripetutamente con leggi guarentita l'appellazione al popolo dagli atti di potere che importavano l'estremo supplizio, la flagellazione od ammende eccessive[22]. Ma a' consoli, a' pretori e ad ogni maestrato avente imperio non venne tolto il diritto d'infliggere adeguate pene afflittive; di mandare in carcere e di multare dentro la misura legale[23]; del qual potere e' si valevano pure a fine di punire i delitti minori[24]. Ancora i consoli serbavano sui non cittadini un imperio illimitato; e i cittadini stessi nel caso di colpa manifesta[25] o in congiunture straordinarie non erano esenti dai severissimi loro decreti,

(18) Liv. iv. 30. ix. 26. x. 1. xxxviii. 54. 55. xxxix. 3. 14. 41. xl. 19. 37. 44. xlii. 21. xliii. 2. xlv. 16; Cic. *Brut.* 22.
(19) Polyb. vi. 16 (14), Liv. xxvi. 33. 34.
(20) Cic. *in Catil.* i. 2; Sallust. *Catil.* 29. 50. 52. 55; Appian. *de bello civ.* ii. 6.
(21) Vedi § 782.
(22) Vedi § 38. nota 7. § 41. nota 28. § 47. nota 14. § 48. nota 23. § 95. nota 9. 10.
(23) *Fr.* 2. D. *de in ius voc.* (2. 4), *fr.* 2. § 16. D. *de or. iur.* (1. 2), Cic. *de leg.* iii. 3.
(24) Frontin. *de aquæd.* 129, *fr.* 1. § 4. D. *de aleat.* (11. 5), *fr.* 35. D. *de iniur.* (47. 10). Anche gli scrittori più recenti non hanno sufficientemente apprezzato questo punto.
(25) Liv. ii. 4; Cic. *in Catil.* ii. 12; Sallust. *Catil.* 52.

resi pel rimanente non senza il rischio della responsabilità[26].

794. Eranvi sopra ciò instituzioni penali di qualità particolare. Primo fra esse viene il tribunale sacerdotale del Pontefice massimo[27]. Questo ufficio fu più tardi sostenuto dal principe[28], ed in appresso, quando gl'imperatori cristiani lo deposero, dal collegio de' pontefici, il quale però si rimetteva per l'esecuzione della pena di morte al prefetto della città od all'estero al governatore[29]. Il capitano, durante servizio, aveva sopra i soldati un potere illimitato[30]; e il tribunale militare veniva occupato da uno dei tribuni di guerra, che nel giudicare doveva aver l'occhio ai registri di condotta diligentemente tenuti[31]. I treviri per le cose capitali avevano sopra gli schiavi e la gente minuta un fortissimo potere disciplinare[32]. Per ultimo il giure pubblico penale trovava negli antichi tribunali di famiglia un sussidio e compimento non lieve[33].

795. L'ordinamento che fuor di Roma aveva l'amministrazione della giustizia penale non ci è noto abbastanza. Ciò solo è certo, che i maestrati civici de' municipi e delle colonie avevano una giurisdizione penale[34], salvo il ricorso nelle quistioni capitali alle

(26) Appian. *de bell. civ.* II. 6. 15.
(27) Vedi § 139. 144.
(28) Plinius *epist.* IV. 11.
(29) Symmach. *epist.* IX. 128. 129.
(30) Liv. IV. 51. XL. 41; Cic. *de leg.* III. 3.
(31) Polyb. VI. 37 (35), Appian. *de bell. civ.* III. 43.
(32) Vedi § 130. 195. Niebuhr III. 480. attribuisce loro un importanza molto maggiore; ma Festus *v. Sacramentum*, ch' egli invoca, nulla prova pel diritto penale.
(33) Vedi § 449. 498. 510.
(34) Appian. *de bello civ.* IV. 28; Vell. Pat. II. 19; *lex Iulia municip.* lin. 45. (Haubold *monum.* p. 45).

autorità di Roma[35]. Nelle provincie i governatori erano investiti dal popolo della piena podestà criminale[36]; ma ivi pure in date circostanze che altrimenti non conosciamo le città avevano un'autorità penale lor propria[37].

CAPITOLO VI.

QUESTIONI PERMANENTI.

796. La frequente usanza contratta dal popolo di creare una commissione per giudicare di un delitto trasse naturalmente nel crescere dei reati ad instituire d'anno in anno pei casi più rilevanti o frequenti di uno stesso genere commissioni permanenti. Una simile commissione fatta stabile per la durata di un anno fu da ciò detta *quæstio perpetua*. Sorse la prima colla legge Calpurnia del tribuno L. Pisone Frugi (A. 605) in ordine alle concussioni de' maestrati[1], e lo stesso spediente venne poi man mano usato per altri delitti[2]. Silla in ispecie durante la sua dittatura

(35) Ne è prova l'esempio del vecchio Oppianico e di Cluenzio, entrambi cittadini di Larino, e che vennero per accusa di avvelenamento citati a Roma.

(36) Cfr. § 227. Vedi anche *fr.* 7. § 2. *fr.* 8. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 4. 6. § 8. *fr.* 10. D. *de off. præsid.* (1. 18).

(37) Lo attesta Cic. *in Verr.* iv. 45.

(1) Cic. *Brut.* 27.

(2) I particolari non si possono indicare. Nell'anno 612 si fa menzione di una *quæstio inter sicarios*, nell'anno 662 di un'accusa per ambito, Cic. *de finib.* ii. 16; *Brut.* 30; ma non è certo, se questa fosse una *quæstio perpetua*. Incerta egualmente è la supposizione volgare, che congiuntamente ad una legge sopra un delitto s'instituisse pur sempre una *quæstio perpetua*.

parte mantenne e parte creò nuove questioni per veneficio, falso, omicidio ed altri crimini[3]. Negli ultimi tempi della repubblica si fa sopratutto menzione di questioni sopra il veneficio, l'omicidio, le concussioni e il peculato[4], non che sui reati di maestà, le violenze e i sodalizi[5]. Non pertanto, e comecchè già esistesse la questione relativa, una causa poteva ancora essere portata ai comizi, o provocare l'erezione in via straordinaria per parte del popolo e del senato di una questione nuova[6].

797. La composizione e la procedura da osservarsi per ciascuna questione veniva per lo più minutamente divisata dalle rispettive leggi. Varie però di queste leggi avevano una portata più generale[7]. Il

(3) Cic. *pro Cluent.* 20. 54, *fr.* 2. § 32. D. *de or. iur.* (1. 2). Nell'ultimo passo vien pure ascritta a Silla l'instituzione della *quæstio de parricidio*. La qual cosa però è dubbia, poichè l'accusa di parricidio mossa in quell' epoca contro Roscio si agitò davanti alla *quæstio inter sicarios*, Cicero *pro Rosc. Amer.* 4. 5.

(4) Cic. *pro Cluent.* 53 (52), *pro Murena* 20, *in Verr.* I. 13.

(5) Ascon. *in argum. Cornel.* p. 60. 62, *in Milon.* 35 (95). p. 54. Orell.

(6) Cic. *de finib.* II. 16; Ascon. *in Milon.* 12. (32) p. 46. Orell. Quest'*extra ordinem quærere* fu pur decretato dal senato nella causa d'incesto di Clodio, Ascon. *in Milon.* 33 (88), e contro Milone, Cic. *pro Milone* 6. (14) *ib.* Schol. Bob. p. 282. Orell. Lo stesso fu decretato dal popolo sulla proposizione di Pompeo contro esso Milone, Schol. Bob. *et* Gronov. *in Milon.* p. 276. 282. 443. Orell., Ascon. *in argum. Milon.* p. 39. Orell., Cic. *pro Milone* 6, *Philipp.* II. 9. Ma propriamente ciò fu che Pompeo fece nella stessa legge decretare nuove disposizioni generali sulla punizione e processura del *crimen vis*, le quali dovevano essere subitamente applicate, Ascon. *in argum. Milon.* p. 37. Orell. Queste disposizioni furono di certo permanenti: ma la questione instituita in proposito fu passeggiera ed *extra ordinem*. Altramente però pensa Geib *Röm. Criminalproc.* p. 219-224.

(7) Come la *lex Servilia repetundarum*, cosa però non al

questore o presidente d'una questione, in conformità di quanto non di rado accadeva nelle questioni transitorie de' primi tempi [8], era uno de' pretori [9]; ondechè pur crebbe all'avvenante di tali questioni il numero dei pretori [10]. Ma non bastando questi, si eleggevano per giunta *iudices quæstionum* particolari [11]. Fatta la elezione, il pretore e questi *iudices* partivano a sorte fra loro le questioni [12]. Una sola persona po-

tutto certa (§ 237. nota 75. 76), e le due leggi di Pompeo (A. 702) *de vi* e *de ambitu* (nota 6), Dio Cass. xl. 52; Ascon. *in argum. Milon.* p. 37. Orell.

(8) Liv. xxxix. 38. xl. 37. xlv. 16.

(9) Cic. *de finib.* ii. 16; *lex Cornel. de sicar.* c. 1. (*in Collat. leg. Mos.* i. 3).

(10) Vedi § 125.

(11) Che il quesitore non sempre fosse un pretore, ma secondo le circostanze un *iudex quæstionis*, emerge dalle parole della legge Cornelia, Cic. *pro Cluent.* 54, *Collat. leg. Mos.* i. 3, *fr.* 1. pr. § 1. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8). Ancora lo indica l'esempio di M. Fannio, *pro Rosc. Amer.* 4, e di C. Giunio, *pro Cluent.* 20. 27. 29. 33. Imperò la comune credenza che il *iudex quæstionis* fosse colui che stava al fianco ed in aiuto al pretore, non ha fondamento. Infatti Q. Nasone, che si crede il pretore, ed il *iudex quæstionis* Q. Voconio di cui parla Cic. *pro Cluent.* 53. 54. sono evidentemente la stessa persona; e il *iudex quæstionis* Q. Curzio di Cic. *in Verr.* ii. 1, 61. non si riferisce punto all'accusa contro Verre, ma ad un caso non conosciuto. La vera opinione è dovuta a Madvig *de Asconio* p. 121-133; a cui fa seguito Geib p. 186-194. L'altra opinione però fu di nuovo sostenuta da Osenbrüggen nella *Zeitschr. für Alterthumswiss.* di Zimmermann 1836. n. 125. e nella sua *Erläuterung der Rede für den S. Roscius* (1844) p. 31. Egli invoca particolarmente Schol. Bob. *in Vatin.* p. 323. Orell. Ma questo passo è pieno di contraddizioni. Vedi Geib p. 307.

(12) *Collat. leg. Mos.* i. 3; Cic. *in Verr.* i. 8. 10, *pro Murena* 20.

teva però cumulare due questioni[13], ed a vicenda i reati contemplati nella stessa legge potevano essere distribuiti fra diversi quesitori[14], e più quesitori essere preposti ad una stessa qualità di reati[15]. Ogni questione inoltre si componeva di un dato numero di giurati, i quali, a somiglianza delle questioni transitorie[16], si pigliavano da principio fra i senatori, e più tardi ne' ceti aventi codesto privilegio[17]. Sul modo in ciò servato noi sappiamo quanto segue. Nella questione sopra le concussioni v'erano quattrocento cinquanta giurati, che il pretore avente la giurisdizione sui peregrini sceglieva annualmente e notificava con carattere nero sopra una tavola imbiancata[18]. A tempo di Silla, quando i giurati si presero nuovamente fra i soli senatori, quest'albo particolare diventò inutile[19]. Ma dopo Silla l'elezione della totalità dei giurati si faceva annualmente dal pretore urbano sopra i tre ceti che allora ne avevano il privilegio[20], e da questo totale i questori dell'erario traevano a sorte i giurati di ciascuna questione[21]. Qual fosse questo totale non si può dir con certezza[22]. Gli eletti si chiamavano

(13) Come la *quæstio de ambitu* e *de vi* affidate al pretore Cn. Domizio (A. 698), Cic. *ad Quint. fr.* II. 3. 13, *pro Cœlio* 13.

(14) Come nell'anno 688 la *quæstio de veneficiis* ed *inter sicarios*, Cic. *pro Cluent.* 53.

(15) Così nell'anno 688 v'hanno per la *quæstio inter sicarios* due pretori, Cic. *pro Cluent.* 53, l'uno probabilmente per la città, *Collat. leg. Mos.* I. 3; il simile nell'anno 702 per la *quæstio de vi*, Ascon. *in Milon.* 35 (95). p. 54. 55. Orell.

(16) Polyb. VI. 17 (15), Liv. XLIII. 2.

(17) Vedi § 237.

(18) *Fragm. l. Servil.* c. 6. 7.

(19) Altro naturalmente ne pensa Geib p. 209.

(20) Cic. *pro Cluent.* 43.

(21) Dio Cass. XXXIX. 7. Questa circostanza non è stata da Geib p. 202 avvertita.

(22) Ferrat. *epist.* I. 5.

iudices selecti o *selecti* senz'altro[23], e si registravano al modo antico in un albo[24].

798. La scelta de' giurati per ciascuna questione si faceva nel seguente modo. De' quattrocento e cinquanta che a norma della legge Servilia componevano la questione sulle concussioni l'accusatore ne proponeva (*edebat*) cento; altrettanti l'accusato; e ognuno di essi n'eleggeva poi sui cento dell'altro cinquanta[25]. A tempo delle leggi di Silla in cui i giudici erano senatori, il pretore eleggeva a sorte per un giudicio (*iudicium*) una decuria del senato[26]; su questa secondo la legge Cornelia le parti potevano ricusarne tre[27], se senatori, ed anche più[28], ed a compiere la decuria si doveva poi fare un nuovo ballottaggio (*subsortitio*) di altra decuria[29]. Più tardi il numero di giurati voluto per ciascun giudicio si traeva a sorte dal pretore o *iudex quæstionis* fra i giurati addetti alla rispettiva questione[30]. Entrambe le parti potevano però rigettare gli eletti lor malevisi,

(23) Cic. *pro Cluent.* 43; Seneca *de benef.* III. 7; Orelli *inscr.* T. II. n. 3755. 3899.

(24) *Album iudicum*, Sueton. *Claud.* 16; Seneca *de benef.* III. 7; Plinius *hist. nat. præf.*

(25) *Fragm. l. Servil. c.* 8. 12.

(26) *Schol.* Gronov. *in Verr.* I. 6 (16), p. 392. Orell., Cic. *pro Cluent.* 37; *in Verr.* I. 10. Cfr. con questi § 119. nota 15. Altro certamente si raffigurò il falso Asconio *in Verr.* I. 6. (17) p. 131. Orell. Di opinione compiutamente diversa è pure Geib p. 209. 213. 214. 215.

(27) Cic. *in Verr.* II. 31.

(28) Cic. *in Verr.* I. 3. 6. II. 1, 2.

(29) Cic. *pro Cluent.* 33. 37, *in Verr.* II. 1, 61.

(30) (Ascon.) *in Verr.* I. 6 (17). p. 132. Orell. Il numero varia: cinquanta, *ad Att.* IV. 15; cinquantasei, *ad Att.* I. 16; settanta *de maiestate*, *ad Att.* IV. 16, e *de repetundis*, Ascon. *in Scaur. c.* 2. § 46. p. 30. Orell; settantacinque, *in Pison.* 40.

ed in allora si passava a nuovo ballottaggio[31]. Secondo la legge Vatinia (A. 694), se l'accusatore aveva ricusato quelli a lui malevisi, l'accusato poteva ricusare anche tutto il rimanente del consiglio, e per contrario, di guisa che in tal caso era d'uopo ballottare un consiglio al tutto nuovo[32]. Ma singolare affatto era la procedura stabilita dalla legge Licinia sopra i sodalizi (A. 699); per la quale se delle quattro tribù dall'accusatore designate, l'accusato ne aveva reietto una, doveva quegli proporre i giurati sulle tre altre sole[33]. A norma finalmente delle due leggi di Pompeo (A. 702), de' trecento e sessanta giurati ch'egli medesimo e per difetto di altri maestrati e come console unico dovette in allora scegliere sopra i tre ceti privilegiati[34], sen ballottavano ottantuno, ma prima ancora del ballottamento se ne ricusavano dalle parti cinque per ceto, tanto che ri-

(31) (Ascon.) *in Verr.* I. 6 (17). p. 132. Orell., Cic. *ad Att.* I, 16; *pro Planc.* 17.

(32) Cic. *in Vatin.* 11. *ibiq.* Schol. Bob. p. 321. Orell., *pro Planc.* 15. La cosa è certamente oscura. Un'interpretazione affatto diversa propone Göttling *Röm. Staatsverf.* § 156.

(33) *Judices editilii*, Cic. *pro Planc.* 15. 16. 17, *pro Murena* 23, Schol. Bob. *in argum. Planc. et in c.* 15. § 36. p. 254. 261. Orell. Altra opinione portano Göttling § 158, Mommsen *de colleg.* p. 61-70. Entrambi concordano nel considerar qui le tribù non come la classificazione dei cittadini, ma come quella de' giurati, i cui nomi erano registrati nell'albo per ordine di tribù. Ma pel rimanente discordano fra loro in questo, che a giudizio del primo la scelta ulteriore dei giurati su quelli delle tre tribù si faceva dal pretore; laddove a giudizio del secondo i giurati di esse tre tribù giudicavano assieme. La cosa è soprammodo difficile e oscura. Vedi anche Geib p. 313-316.

(34) Vell. Pat. II. 76; Cic. *pro Milone* 8. 38; Dio Cass. XL. 52.

manevano cinquantuno[35]. I giudici eletti giuravano di far giustizia nella causa il meglio possibile; e con essi prestava pur giuramento il *iudex quæstionis*[36], ma non il pretore, siccome quello che già era vincolato dal giuramento d'ufficio[37]. Ciò fatto, erano inscritti in un registro che ad eterna memoria si depositava nella cancelleria del pretore urbano[38].

—

CAPITOLO VII.

TRIBUNALI CRIMINALI DELL'IMPERO.

799. Ottaviano, primo imperatore, già toglieva a' comizi la giurisdizione penale[1]. Ma egli lasciò sussistere le questioni coi loro pretori, ed anzi colla *lex Julia iudiciorum publicorum* diè alle medesime una regola certa e generale[2]. I giurati si elessero tuttora, ed a guisa di quelli addetti ai tribunali civili, nei ceti di prima[3]; ma quella e la *lex Julia privatorum* trattavano di entrambi costoro come di categorie separate[4], onde non è dubbio, che ognuna ebbe un albo

(35) Ascon. *in argum. Milon. et in c.* 35 (95) p. 39. 53. Orell., *fragm. leg. iudiciar.* (Haubold *monum.* p. 143), Dio Cass. xl. 55; Plutarch. *Pompei.* 55. *Cato min.* 48.
(36) (Ascon.) *in Verr.* i. 6. 10. 13. p. 132. 143. 147. Orell., Cic. *in Verr.* i. 10. 13.
(37) Cic. *pro Cluent.* 33. 34. 35.
(38) *Fragm. l. Servil. c.* 9; Cic. *pro Cluent.* 33, *in Verr.* i. 6. 10. ii. 1. 61. *ibiq.* (Ascon.) *et Schol.* Gronov. p. 131. 141. 201. 392. Orell.
(1) Dio Cass. lvi. 40.
(2) *Fragm. Vatic.* § 197. 198, *fr.* 4. D. *de testib.* (22. 5), *fr.* 2. 3. pr. *fr.* 12. § 2. D. *de accusat.* (48. 2).
(3) Vedi § 698.
(4) *Fragm. Vatic.* § 197. 198.

suo proprio[5]. Del resto oltre alle questioni Ottaviano conferì al senato in certi casi una nuova e rilevante giurisdizione penale[6]. Ancora, il pretore della città acquistò successivamente in forza di costituzioni imperiali ed in conformità del nuovo assetto di cose la cognizione di non pochi delitti straordinarii[7] e di parecchi ordinarii[8], tantochè nel regno di Settimio Severo giunse ad avere una piena e perfetta podestà criminale sino a cento miglia di raggio[9]. L'ingerenza delle questioni venne così sempre più limitata, e in ultimo cessò intieramente[10]. Il prefetto non giudicava in consesso di giurati, i quali decidevano a pluralità di voti, ma pronunciava da sè, avuto semplicemente il parere del suo Consiglio composto degli uomini più eminenti[11]. La scelta de' giurati si rese perciò inutile, e nel secolo terzo la procedura osservata in tutte le cause già era straordinaria[12]. Talune qualità di reati, che entravano nella cerchia delle incumbenze del prefetto dei vigili, erano di co-

(5) Ciò s'inferisce anche da Gellius xiv. 2.

(6) Vedi § 260. 294. Gli scrittori moderni però la estendono di troppo; così anche Geib p. 413-420.

(7) *Fr.* 8. D. *de extraord. crimin.* (47. 11), *fr.* 3. D. *expil. hered.* (47. 19), *fr.* 1. § 14. D. *de off. præf. urb.* (1. 12).

(8) *Collat. leg. Mos.* xiv. 2. 3; Tacit. *ann.* xiv. 41, *fr.* 24. D. *de l. Cornel. de fals.* (48. 10), *fr.* 135. § 4. D. *de verb. obl.* (45. 1).

(9) *Fr.* 1. pr. § 3. 4. 13. *fr.* 3. D. *de off. præf. urb.* (1. 12), *fr.* 3. § 1. *fr.* 4. D. *de off. præf. vigil.* (1. 15), *fr.* 8. § 5. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 6. § 1. D. *de interd.* (48. 22), Dio Cass. lii. 21.

(10) Fanno testimonianza della loro durata Sueton. *Tiber.* 33. 58; Tacit. *ann.* i. 72. vi. 16. xiv. 41; Quintil. *inst. orat.* iii. 10, Capitol. *in M. Anton.* 24; *fr.* 1. D. *de off. eius* (1. 21).

(11) Apulei. *Apolog.* p. 381. Oudend.

(12) *Fr.* 8. D. *de publ. iudic.* (48. 1). *fr.* 1. § 3. *fr.* 13. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 15. § 1. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16).

stui pertinenza; ed agli schiavi ei poteva benanco infliggere la pena di morte[13]. L'opinione che anche i tribunali centumvirali avessero ingerenza nelle cose penali non merita fede[14].

800. La giurisdizione penale in Italia alla distanza di cento miglia da Roma apparteneva, come notammo, al prefetto della città, e al di là di questo confine, per certi casi, al prefetto del pretorio[15]; nel rimanente ai correttori o consolari delle regioni[16]. Nelle provincie, come a tempo della repubblica, era di pertinenza del governatore[17]. Il potere di costui abbracciava quanto in Roma era partito fra diversi funzionari[18], non escluse le cognizioni straordinarie assegnate al prefetto urbano[19]. Egli aveva pure a conoscere dei reati men gravi[20] e dei reati degli schiavi[21]. Il procuratore imperiale non aveva in tal sua qualità giurisdizione penale, ma sostenendo, come nella Giudea, le veci del governatore, gli erano del pari assegnate certe cause criminali[22]. Se e quanta fosse la giurisdizione penale delle autorità civiche in

(13) *Fr.* 15. D. *de condict. causa data* (12. 4). Vedi § 215.
(14) Il solo passo che ne faccia fede è PHÆDRUS *fab.* III. 10; ma questa autorità è troppo isolata. Vedi GEIB p. 233-237.
(15) *Collat. leg. Mos.* XIV. 3.
(16) AMM. MARC. XV. 7, 5
(17) DIO CASS. LIII. 14. *fr.* 6 pr. *fr.* 88 11. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 3. 4. 6. § 8. D. *de off. præs.* (1. 18).
(18) *Fr.* 7. § 2 D. *de off. procons.* (1 16), *fr.* 10. 12. D. *de off. præsid.* (1. 18).
(19) *Fr.* 8. D. *de extr. crim.* (47. 11), *fr.* 3. D. *expil. hæred.* (47. 19), *Collat. leg. Mos.* XIV. 2. 3.
(20) *Fr.* 6. D. *de accus.* (48. 2).
(21) *Fr.* 6. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 21. § 3. D. *de pigner. act.* (13. 7), *fr.* 9. D. *de manum.* (40. 1).
(22) *Collat. leg. Mos.* XIV. 3; *fr.* 3. pr. D. *de off. procur.* (1. 19), *c.* 2. C. *de pœn.* (9. 47), *c.* 3. C. *ubi caus. fisc.* (3. 26).

Italia e nelle provincie, non ci è dato di definire; solo sappiamo che avevano sugli schiavi un giusto potere disciplinare[23], e che dovevano provvedere alla custodia e cattura provvisoria dei delinquenti[24]. Le città federate e libere avevano naturalmente piena e propria giurisdizione[25]; ma i loro abitanti potevano pur essere convenuti e condannati da maestrati romani[26]. Singolare al tutto era la condizione della Giudea. Ivi il sommo sacerdote col sinedrio poteva far sostenere, giudicare e condannare a morte secondo la propria legge i rei contro la religione; ma la conferma ed esecuzione della sentenza voleva essere chiesta al procuratore romano[27].

801. Del rimanente l'autorità del sangue annessa ad una carica non era virtualmente inchiusa nell'imperio, ma si considerava mai sempre come un suo attributo straordinario. Ella era detta *merum imperium*[28], *jus gladii*[29], *potestas* in senso strettissimo[30], nè faceva parte di un impiego salvo che una legge, un senatoconsulto od una costituzione imperiale gliela avesse espressamente conferita. Onde procedendo da

(23) *Fr.* 12. D. *de iurisd.* (2. 1), *fr.* 15. § 39. *fr.* 17. § 2. D. *de iniur.* (47. 10).

(24) *Fr.* 3. 6. pr. *fr.* 10. D. *de custod. reor.* (48. 3), c. 5. 6. C. Th. *de exhib. reis* (9. 2). Ne porgono esempi manifesti gli *Acta S. Felic.* 1. 2. 3; *S. Saturnin.* 2.

(25) Come Atene, Tacit. *ann* II 55.

(26) *Fr.* 7. § 2. D. *de captiv.* (49. 15).

(27) Matth. XXVI. 3. 4. 47. 57-66. XXVII. 1. 2. 11-14. 22-26; Joan. XVIII. 3-13. 19-24 28-40. XIX. 1-16; Joseph. *ant. Iud.* XX. 9, 1.

(28) *Fr.* 3. D. *de iurisd.* (2. 1).

(29) *Fr.* 6. § 8. D. *de off. præsid.* (1. 18), Lamprid. *Alex. Sever.* 49.

(30) *Fr.* 3. D. *de iurisd.* (2. 1).

concessione particolare, non era suscettiva a guisa della giurisdizione di delegazione[31].

802. Ma nell'esercizio del potere criminale lo stesso imperatore aveva parte non lieve; e spesso le gravi cause criminali d'ogni genere erano a lui portate e da lui or giudicate personalmente col suo Consiglio[32], or deferite alla cognizione del senato[33] o del prefetto del pretorio o di altro giudice[34]. Le cause capitali sopratutto contro decurioni dovevano essere prima a lui indirizzate da tutto l'impero[35]. Oltrecciò, come nelle cause capitali, si concedeva di appellare a lui dalle stesse provincie[36], e i casi dubbi venivano frequentemente deferti per diretto dai governatori alla sua decisione[37].

803. Da Costantino in poi l'organismo giudiziario si compose nella seguente forma. Nelle due metropoli il prefetto mantenne come in addietro la cognizione dei reati gravi[38], aiutato in alcuni casi dal prefetto dell'annona[39]. Con esso in Roma concorreva il vicario della città[40]. Dei reati men gravi giudicava il prefetto

(31) *Fr.* 1. pr. § 1. D. *de off. eius* (1. 21), *fr.* 6. pr. *fr.* 11. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 70. D. *de reg. iur.* (50. 17).

(32) SUETON. *Octav.* 33; DIO CASS. LV. 7; TACIT. *ann.* VI. 10. XIV. 50; PLINIUS *epist.* VI 22. 31; CAPITOL. *M. Anton.* 24.

(33) TACIT. *ann.* III. 10-16. 37. IV. 22. VI. 7-10.

(34) PLINIUS *epist.* VII. 6; SPARTIAN. *Sever.* 4; c. 1. C. *de precib. imperat.* (1. 19).

(35) *Fr.* 27. § 2. D. *de pœn.* (48. 19), *fr.* 2. § 1. D. *de bon. eor.* (48. 21), *fr.* 16. D. *ad l. Cornel. de sicar.* (48. 8).

(36) *Fr.* 6. § 8. 9. D. *de iniusto* (28. 3), *fr.* 1. pr. D. *quando appell.* (49. 4).

(37) PLINIUS *epist.* X. 97. 98, *Collat. leg. Mos.* I. 11, *fr.* 14. D. *de off. præs.* (1. 18).

(38) *C.* 1. C. *de off. præf. vigil.* (1. 43), AMM. MARC. XXVI. 3. XXVIII. 1; *nov.* IUST. 13. c. 6.

(39) AMM. MARC. XXVIII. 1, 9. 31. 32.

(40) AMM. MARC. XXVIII. 1, 22. 32. 43-47.

dei vigili[41], in cambio del quale si creò più tardi in Costantinopoli il pretore del popolo[42]. La giurisdizione del senato era cessata, e in luogo suo i delitti di fellonia, specialmente se riguardanti la sacra persona dell'imperatore, erano non di rado portati da tutto l'impero a corte, e l'istruttoria affidata al prefetto del pretorio o ad altre persone di confidenza[43], od altrimenti al senato[44]. Nelle provincie, ed anco in quelle d'Italia, l'autorità del sangue apparteneva ai governatori[45]. Vogliono tuttavia esserne eccettuate le provincie suburbicarie, dove la podestà criminale de' consolari si trovava tuttora circoscritta dal prefetto civico[46]. I governatori però non si avevano ad ingerire dei piccioli reati e contravvenzioni[47]; le quali per conseguenza riguardavano i maestrati municipali[48]. Nel quinto o sesto secolo fu conferita ai difensori la bassa giurisdizione penale[49]; onde questi soli, nè più i maestrati, dovettero attendere alla cattura provvisoria dei gravi inquisiti lor consegnati, e al pronto invio dei medesimi al governatore[50].

(41) C. 1. C. *de off. præf. vigil.* (1. 43), CASSIODOR. *var.* VII. 7.
(42) Vedi § 357.
(43) AMM. MARC. XV. 3. 13. XIX. 12. XXIX. 1, 23. 38; ZOSIMUS IV. 14.
(44) Vedi § 350.
(45) AMM. MARC. XV. 7, 5; c. 1. C. Th. *ne sine iussu* (9. 41).
(46) C. 12. C. Th. *de pœn.* (9. 40), *ibiq.* GOTHOFR., c. 13. C. Th. *de accusat.* (9. 1).
(47) C. 8. C. Th. *de iurisd.* (2. 1) *a.* 395.
(48) Di que' tempi infatti i difensori non avevano ancora podestà penale, c. 7. C. Th. *de defens.* (1. 29) *a.* 392.
(49) C. 5. C. J. *de defens.* (1. 55), comparata con c. 7. C. Th. *eod.* (1. 29), *Interpr. ad* c. 8. C. Th. *de iurisd.* (2. 1), *nov.* 15. c. 6.
(50) C. 22. pr. C. *de episc. audient.* (1. 4), c. 7. C. J. *de defensor.* (1. 55) comparata con c. 5. C. Th. *de custod. reor.* (9. 2).

804. Del resto esistevano parte per certe qualità di reati, parte per date classi di persone varii tribunali speciali. Nella prima classe cadevano le contravvenzioni sopra l'annona; delle quali, onde anco delle corporazioni addette a questo servizio, giudicava lo stesso prefetto dell'annona fino al sangue[51]. I tribunali della seconda spezie erano i seguenti. I senatori avevano nella prima età imperiale un foro lor proprio nel senato[52]. Più tardi perdettero questo privilegio, ma i domiciliati in città sottostavano al prefetto civico, salvo in casi gravi l'invio della causa all' imperatore[53]. I senatori dimoranti nelle provincie dipendevano secondo un decreto di Costantino (A. 317) dai governatori[54]. Però non guari dopo questo decreto si stabilì che le accuse contro costoro fossero bensì instrutte dai tribunali ordinarii, ma per la decretazione della pena si dovesse dalle provincie suburbicarie far capo al prefetto della città, dalle altre al prefetto del pretorio[55]; senzachè il prefetto civico doveva sempre fare intervenire ad un giudizio sopra senatori un consiglio di cinque senatori eletti a sorte[56]. Ma tutte queste ordinazioni rimasero di nuovo abolite sotto Giustiniano, il quale

(51) *Fr.* 13. D. *de accusat.* (48. 2), *c.* 38. C. Th. *de navicul.* (13. 5), *c.* 9. C. Th. *de suar.* (14. 4), Cassiodor. *var.* vi. 18. Donde la designazione di *præfectus annonæ cum iure gladii*, Orelli *inscr.* T. ii. n. 3169. 3191.

(52) Vedi § 260.

(53) *C.* 10. C. Th. *de pœnis* (9. 40), *c.* 10. C. Th. *de malefic.* (9. 16).

(54) *C.* 1. C. Th. *de accusat.* (9. 1).

(55) *C.* 13. C. Th. *de accusat.* (9. 1).

(56) *C.* 12. C. Th. *de iurisd.* (2. 1).

nella sua collezione inserì unicamente la costituzione di Costantino[57].

805. I funzionari dell'impero appartenenti al rango supremo degli illustri avevano, anche dopo deposta la propria dignità, il loro foro criminale presso l'imperatore[58]. I reati de' governatori provinciali erano di competenza del prefetto del pretorio[59]. I palatini sottostavano al maestro de' dicasteri[60], i dicasteriali al loro capo[61], i coloni e schiavi delle terre della casa imperiale al *comes domorum*[62].

806. Per ciò che riguarda i soldati, Ottaviano aveva devoluto la punizione dei reati militari in Italia ai prefetti del pretorio, fatte soltanto alcune eccezioni in ordine ai centurioni ed altri superiori[63]. Nelle provincie dell'imperatore giudicava de' reati leggieri il legato comandante la legione, e dei capitali il preside[64]. Per contro i proconsoli delle provincie del popolo non avevano l'autorità penale militare sino al sangue che sopra concessione speciale dell'imperatore[65]. Le cause però dei superiori militari si por-

(57) C. 1. C. *ubi senator.* (3 24). Con ciò concorda pure Cassiodor. *var.* xi. 4. 21.

(58) Amm. Marc. xxvii. 7, 5; Zeno *in c.* 3. C. *ubi senator.* (3. 24). Cfr. Bethmann-Hollweg *Röm. Gerichtsverf.* § 10.

(59) C. 2. C. Th. *de off. magistr. milit.* (1. 7), c. 10. C. Th. *de off. præf. præt.* (1. 5).

(60) Vedi § 343. nota 64.

(61) *Fr.* 6. § 1. D. *de pœn.* (48. 19). — C. 4. C. Th. *de off. magistr. milit.* (1. 7), c. 2. C. J. *de off. magistr. milit.* (1. 29), c. 5. C. J. *de apparit. magistr. milit.* (12. 55).— C. 12. C. J. *de palatin. sacr. largit.* (12. 24), Zosimus iv. 14.

(62) Vedi § 705. nota 68.

(63) Dio Cass. lii. 24. Il passo non è intieramente chiaro.

(64) Dio Cass. lii. 22. Cfr. § 293. 321.

(65) Dio Cass. liii. 13. Ciò era il *ius gladii* in stretto senso, Orelli *inscr.* T. ii. n. 3664; Capitol. *Gordian.* 9.

avano allo stesso imperatore[66]. Costantino devolse a podestà de' prefetti ai *magistri militum*[67]; ed in allora tutti i reati, non più i soli militari, dei soldati si giudicarono da tribunali militari[68].

807. Tra i privilegi di foro vien per ultimo quello degli ecclesiastici cristiani. I costoro reati di chiesa e di ministero non erano naturalmente di cognizione de' tribunali laici, ma sen lasciava il castigo alle autorità ecclesiastiche[69]. Il simile fu in appresso decretato, come privilegio di ceto, pei reati civili dei vescovi e chierici[70]. Ma Valentiniano III ridusse i medesimi nuovamente ai tribunali laici[71], e tal si rimase pure il disposto del diritto ulteriore[72].

CAPITOLO VIII.

PROCEDURA PENALE.

808. Il procedimento penale supponeva di regola una formale accusa. Quest'ufficio anticamente apparteneva ai due questori parricidarî[1], i quali perciò avevano facoltà di convocare in tali occorrenze i

(66) DIO CASS. LII. 22. 33.
(67) ZOSIMUS II. 32. 33.
(68) *Fr.* 9. D. *de custod. reor.* (48. 3), *fr.* 3. pr. D. *de re milit.* (49. 16), *c.* 2. C. Th. *de iurisd.* (2. 1), *c.* 6. C. J. *de iurisd.* (3. 13), *c.* 18. C. J. *de re milit.* (12. 36).
(69) *C.* 23. C. Th. *de episc.* (16. 2), *c.* 29. C. J. *de episc. audient.* (1. 4), *nov.* 83. *c.* 1.
(70) *C.* 12. 41. 47. C. Th. *de episc.* (16. 2).
(71) *Nov.* VALENTIN. III. *tit.* XXXIV. *de episc. iudic. c.* 1. pr. § 1.
(72) C. 25. pr. C. J. *de episc.* (1. 3), *c.* 29. § 4. C. *de episc. audient.* (1. 4), *nov.* 83. *præf.* § 2; *nov.* 123. *c.* 8. *c.* 21. § 1.
(1) Vedi § 57.

comizi centuriati[2]. Più tardi il grado di accusatore passò in parte agli edili[3], che a tal effetto indicevano pure di loro autorità i comizi[4], e parte si adempiva da' tribuni, che volendo convocare i comizi centuriati dovevano ricorrere al pretore[5]. In ultimo ognuno fu ammesso a dare accusa[6].

809. Per ciò che riflette la procedura, convien distinguere a tempo della repubblica tra l'istruttoria avente luogo presso il popolo e quella che si praticava davanti ad una questione. La prima incominciava colla formale denunzia di quello cui spettava l'accusa, voler egli instare contro un cittadino per un dato delitto[7]. Se l'accusa era di competenza de' comizi centuriati, il questore penale fungente parte di accusatore mandava in giro sulla rocca, alle mura ed alla casa dell' accusato un cornatore che bandiva il giorno da lui fissato[8]. I tribuni che volevano portar accusa a quei comizi facevano appuntare il giorno dal pretore[9]; all' incontro, volendola portare all'assemblea delle tribù, fissavano il termine essi medesimi. Nel dì fissato si declinava l'accusa e con essa la conclusione ad una data pena; le quali cose si ripetevano negli intervalli per due volte[10]. Più tardi l'accusa si de-

(2) Vedi § 110. nota 41.
(3) Vedi § 127.
(4) Vedi § 110. nota 43.
(5) Vedi § 110. nota 42.
(6) Questo è l'ordine dell'età posteriore, VALER. MAX. VI. 1, 10. Nondimeno Clodio accusò ancora Milone come edile. DIO CASS. XXXIX. 18; CICERO *pro Sext.* 44. *in Vatin.* 17. *ad Quint.* II. 3.
(7) *Dici dictio*, LIV. XXV. 3. 4. XLIII. 16.
(8) VARRO *de ling. lat* VI. 90. 91. 92; PLUTARCH. *C. Gracch.* 3
(9) LIV. XXV. 3. XLIII. 16; GELLIUS VII. 9.
(10) LIV. II. 52. XXV. 4. XXVI. 3.

clinava ben quattro volte, e nel frattempo la conclusione penale si affiggeva pubblicamente in tre mercati[11]. L'accusato dovea dar cauzione di comparizione o andare in prigione[12]. Nel giorno d'udienza, avuta audizione dell'accusato e delle prove[13], il popolo passava ai voti per centurie o tribù sulla conclusione[14]; da principio a voce, più tardi con tavolette[15]. Se l'accusato al bando del messo[16] non si presentava per giustificarsi o faceva dar voce di aver esulato, l'istruttoria non veniva meno proseguita[17].

810. La procedura davanti una questione incominciava colla notificazione da farsi al pretore di essa della divisata accusa, e colla domanda che questa fosse licenziata. Ciò si diceva *delationem nominis postulare*[18]. Se più si presentavano contemporaneamente, non essendo per uno stesso reato ammesso più di un accusatore, doveva anzi tutto fra loro aver luogo una divinazione sulla precedenza[19]; e gli altri potevano poi ancora unirsi all'accusa come soscrittori (*subscriptores*)[20]. A quella postulazione teneva dietro dopo un certo tempo la *nominis delatio*[21], che na-

(11) *Declam. pro domo* 17; Appian. *de bell. civ.* I. 74.
(12) Liv. III. 13. XXV. 4. XXVI. 3; Dionys. X. 8.
(13) Liv. II. 61. XXVI. 3. XXXVIII. 50. 51.
(14) Liv. XL. 42. XLIII. 16; Cic. *de leg.* III. 3.
(15) Vedi § 115. 116.
(16) Liv. XXXVIII. 51.
(17) Liv. II. 35. III. 13. XXV. 4. XXXVI. 3. XXXVIII. 52.
(18) Cic. *divin.* 20. *ad famil.* VIII. 6.
(19) Gellius II. 4; Cic. *ad Quint. fr.* III. 2; *fr.* 16. D. *de accus.* (48. 2). Ch'ella avesse luogo prima della *delatio nominis*, ne fa prova Cic. *divin.* 7. 19. 20.
(20) Cic. *divin.* 15. 16; Ascon. *in argum. Scaurian.* p. 19. Orell., Apulei. *Apolog.* p. 380. Oudend.
(21) Cic. *ad fam.* VIII. 6; *divin.* 20.

turalmente era il libello di citazione dell'accusato [22]. Quivi si formulava minutamente il punto d'accusa, lo che si diceva *legibus interrogare* [23], lo si metteva in carta e si firmava dall'accusatore [24]. Secondo la legge Giulia il libello d'accusa o d'inscrizione compilato nella voluta forma e dall'accusatore firmato si doveva consegnare [25] e deporre negli atti [26]. La causa era quindi riportata col nome dell'accusatore e dell'accusato nel registro del tribunale [27], lo che si chiamava *nomen rei recipere* [28], e s'appuntava il giorno per l'accusazione davanti al tribunale in corpo. Ordinariamente l'udienza si fissava pel decimo giorno [29]; ma sull'allegata insufficienza ad inquisire il delitto e procacciare le prove, questo termine veniva all'accusatore prorogato [30].

811. Nel giorno fissato il precone chiamava le

(22) A questa citazione per l'audizione della *delatio nominis* alludono Ascon. *in argum. Milon.* p. 40. Orell., Cic. *in Verr.* II. 28. 38.

(23) (Ascon.) *in Verr.* I. 2. II. 2, 3. p. 128. 206. Orell., Schol. Bob. *de ære alieno Milon.* p. 342. Orell., Sallust. *Catil.* 18. 31; Vell. Pat. II. 13.

(24) Ascon. *in Milon.* 35. p. 55. Orell.; Cic. *de invent. rhet.* II. 19

(25) *Fr.* 3. pr. § 1. 2. *fr.* 7. pr. D. *de accus.* (48. 2), Apulei. *Apolog.* p. 378. 379. ed. Oudend., c. 3. 10. C. *de his qui accus.* (9. 1).

(26) *Fr.* 3. § 8. D. *ad l. Iul. de adult.* (48. 5), c. 1. C. *ad SC. Turpill.* (9. 45).

(27) Cic. *in Verr.* II. 41. 42. 43, *pro Cluentio* 31, *fr.* 3. § 1. 4. D. *de accus.* (48. 2).

(28) Liv. XXXVIII. 55; Cic. *ad fam.* VIII. 8; *in Verr.* II. 38. IV. 19.

(29) Ascon. *in argum. Cornel.* p. 59. Orell., Cic. *ad Quint. fr.* II. 13. Talvolta nel trentesimo giorno, Cic. *in Vatin.* 14.

(30) Trenta giorni, Ascon. *in argum. Scaurian. et in c.* 1. p. 19. 21; centodieci giorni, Cic. *in Verr.* I. 2. II. 1, 11. *ibiq.* (Ascon.) p. 125. 128. 163. Orell.

due parti per nome al tribunale[31]. Se l'accusatore mancava, il nome dell'accusato era nuovamente cancellato dal registro[32]. Se mancava l'accusato, dopo breve istruttoria lo si condannava e il suo patrimonio veniva fatto di pubblica ragione[33]. Però sotto gl' imperatori questa procedura fu mitigata. L'accusato si annotava allora fra i requirendi e si citava con editti; trascorso l'anno, sen confiscavano i beni, ma senza pel rimanente decretazione di pena[34]. Ma se entrambe le parti erano comparse, e fattasi la scelta de' giurati appartenenti alla questione, si declinava innanzi a costoro l'accusazione in una sola orazione, alla quale teneva dietro nella stessa forma la difesa. A tali dicerie succedeva un'altercazione per brevi domande e risposte, nella quale si potevano anche riassumere in modo pungente i punti più rilevanti della causa[35]. Qui avevano fine, secondo l'antico giure ancor vigente all'epoca della *lex Acilia repetundarum*, le pratiche dell'accusa[36]. Per modo di eccezione, la *lex Servilia repetundarum* stabiliva che nelle accuse per codesti reati ci avesse dopo la difesa la compe-

(31) Appian. *de bell. civ.* I. 74; Quintil. *inst. orat.* VI. 4. § 7; *Acta S. Marini* 2 (Euseb. VII. 15), *fr.* 10. D. *de publ. iudic.* (48. 1).

(32) Cic. *in Verr.* II. 40; Ascon. *in argum. Cornel.* p. 59. Orell.

(33) Cic. *in Verr.* II. 17. 38. 40; Ascon. *in Milon.* 35. p. 54. 55. Orell., Plutarch. *Brut.* 27; Appian. *de bell. civ.* III. 95. IV. 27.

(34) *Fr.* 1. 5. D. *de requir.* (48. 17), *fr.* 5. pr. D. *de pœn.* (48. 19), *c.* 1. 2. C. *de requir. reis* (9. 40), *nov.* 134. *c.* 5.

(35) Quintil. VI. 4. Questo già si faceva a' tempi di Cicerone, Quintil. VI. 3. § 4.

(36) Ciò che il falso Asconio nella *Verr.* I. 17. II. 1, 9. p. 169 155. dice di questa legge è evidentemente erroneo, Ferrat. *epist.* I. 10.

rendinazione ossia un giorno destinato ad una seconda conclusione dell'accusatore[37], sopra cui l'accusato avesse nuovamente libertà di risposta[38]. Sì nell'accusa che nella difesa tenevano anche discorso altri patroni di ciò richiesti; e l'accusato costumava produrre a sua commendazione un certo numero di laudatori oppure laudazioni scritte[39]: ma per l'abusare che si faceva di questo mezzo di difesa, il numero de' patroni fu colle leggi di Pompeo[40], quindi colla legge Giulia circoscritto[41], e lo stesso Pompeo vietò pure del tutto l'uso de' laudatori[42]. Le dicerie duravano spesso più giorni, ondechè Pompeo si vide altresì costretto a porvi una misura[43]. Questa restrizione serbossi in vigore fino a tarda età, e solo s'aggiunse, da quanto pare, l'usanza di misurare in ciascun processo il tempo all'oratore sulla clessidra[44].

842. In origine le prove si fornivano per lo più

(37) Cic. *in Verr.* II. 1, 9. Il senso di questo passo non poco controverso è in fatto chiaro abbastanza. Ma ciò che il falso Asconio sulla *Verr.* II. 1, 9 (26) ha compilato sulla comperendinazione non fa che confermare la piena sua mancanza di giudizio proprio.

(38) La ridicola opinione del falso Asconio alla *Verr.* I. 18 (56). II. 1, 9 (26), che l'accusato favellasse nella seconda azione per la prima volta, è sufficientemente confutata da Ferrat. *epist.* I. 9.

(39) Cic. *in Verr.* V. 22; Ascon. *in Scaurian. c.* 2. p. 28. Orell.

(40) Dio Cass. XL. 52; *Dialog. de caus. corrupt. eloq.* 38.

(41) Ascon. *in argum. Scaurian.* p. 20. Orell.

(42) Dio Cass. XL. 52. 55; Plutarch. *Pompei.* 55; *Cato min.* 48.

(43) Ascon. *in argum. Cornel. et Milon.* p. 62. 40. Orell., Dio Cass. XL. 52; Cic. *Brut.* 94; *Dialog. de caus. corrupt. eloq.* 38.

(44) Plinius *epist.* II. 11. IV. 9 VI. 2; Dio Cass. LXXI. 6. LXXVI. 17; Apulei. *Metam.* p. 177b. p. 455b. Oudend., Joan Lydus *de magistr.* II. 14. 16.

col produrre e interrogare dopo le dicerie d'accusa e di difesa i testimoni, e in caso di comperendinazione prima che si emettesse la seconda conclusione [45]. L'accusatore però sen poteva valere anche subito, o raccogliendo i punti d'accusa in una sola orazione e non citando i testimoni che in sul fine, o ciò facendo partitamente ad ogni punto [46]. All'incontro secondo le due leggi di Pompeo conveniva che prima si escutessero e trascrivessero i detti de' testimoni in cospetto di tutti i giurati appartenenti alla questione, poscia si estraessero a sorte ottantun giurati e innanzi a costoro si tenesse diceria [47]. Più tardi, e probabilmente in seguito alla legge Giulia, i testimoni si escutevano di nuovo, come prima, dopo le conclusioni [48]; ond' è che gli oratori non potevano a lor riguardo che starsene molto sui generali [49]. La chiamata a testimonio si faceva dalla parte che ne abbisognava; o per modo di preghiera, alla quale il testimonio aderiva spontaneo, o per modo di denunciazione autorizzata dal giudice, mercè cui egli era citato sotto minaccia di pena. Ma quest' ultima forma non si concedeva che all'accusatore [50]; oltrecchè le leggi ponevano restrizioni parte al numero de'testimonii [51], parte in ordine a certe persone, che non liceva pre-

(45) CIC. *pro Flacco* 10, *in Verr.* II. 72.

(46) CIC. *in Verr.* I. 18. *ibiq.* (ASCON.) p. 153. Orell.

(47) ASCON. *in argum. Milon.* p. 37. 40. Orell.

(48) QUINTIL. *inst. orat.* V. 7. § 25; PLINIUS *epist.* II. 11. IV. 9.

(49) QUINTIL. V. 7. § 3. 8. 23. 25. VI. 4. § 4. 5.

(50) QUINTIL. V. 7. § 9; PLINIUS *epist.* III. 9. V. 20. VI. 5; CIC. *in Verr.* II. 26.

(51) *Fragm. l. Servil.* c. 12; VALER. MAX. VIII. 1. *absol.* 10; *lex (Mamilia) agrar. Gaij Cæsar.* c. 5; *fr.* 1. § 2 D *de testib.* (22. 5).

sentare o costringere a deporre[52]. I testimoni, quando se ne aveva una fila, erano chiamati al tribunale dal precone[53], fatti giurare[54], e quindi escussi pubblicamente dall'accusatore, durante il quale incumbente l'accusato aveva facoltà di fare controdomande[55], al cui successo aveva molta parte la perspicacia e abilità dei patroni[56]. D'interrogatorii fatti dal giudice non si ha esempio che tardi, col venir meno del vecchio sistema[57]. Le deposizioni si mettevano in carta e si conservavano per gli usi giudiziarii[58]. In luogo dei testimoni in persona le parti potevano produrne le dichiarazioni scritte[59]; ma a queste si dava minor peso[60]. Gli atti di pubblici funzionari che si volevano produrre in causa dovevano essere dentro tre giorni a scanso di falsificazione depositati presso il tribunale[61]; le scritte private si producevano in corso di causa[62]. La tortura finalmente si applicava a schiavi onde strappar da essi, come pre-

(52) *Lex (Acilia repetund.)* lin. 2. (HAUBOLD *monum.* p. 74), *Collat. leg. Mos.* IX. 2. 3; *fr.* 3. § 5. *fr.* 4. 5. 13. 18. D. *de testib.* (22. 5).

(53) Ciò si diceva *citare testes*, CIC. *in Verr.* II. 1, 7. 2, 30.

(54) CIC. *in Verr.* II. 72; QUINTIL. V. 7. § 5. 32; *c.* 9 pr. C. *de testib.* (4. 20).

(55) CIC. *pro Flacco* 10; (ASCON.) *in Verr.* II. 1, 11. p. 165 Orell., ASCON. *in argum Milon.* p. 41. Orell.

(56) QUINTIL. V. 7. § 3. 9-22. 26-31.

(57) *Fr.* 3. § 3. D. *de test.* (22. 5), APULEI. *Apolog.* p. 600. Oudend.

(58) CIC. *pro Cluent.* 23. 60; *in Verr.* II. 1, 31. 33.

(59) QUINTIL. V. 7. § 1. 2. 25. 32. Vedi in proposito ESCHER *de testium ratione* cap. 6.

(60) *Fr.* 3. § 3. 4. D. *de testib.* (22. 5).

(61) CIC. *pro Flacco* 9.

(62) CIC. *in Verr.* II. 1, 31. 33. 38. 2, 76. 77; *pro Fontei.* 4; *pro Flacco* 9; APULEI. *Apolog.* p. 543. 563. Oudend., QUINTIL. V. 5.

sunti autori o conscii del reato, una confessione[63]; e venendo per l'accusatore proposta contro uno schiavo altrui, doveva in caso d'innocenza risarcire il padrone del danno per avventura infertogli e prestarne cauzione[64]. Ma gli schiavi non potevano essere torturati a carico del loro padrone[65], salvo nel diritto antico quando s'inquisiva sopra un incesto (religioso)[66], più tardi sopra un adulterio[67], una defraudazione d'imposte[68] e un delitto di maestà[69], escluso tuttavia l'incesto (ordinario)[70]. Sotto gl'imperatori anche i liberi potevano essere torturati, e l'accusato al pari dei testimoni[71]; nè altri, salvo ancor essi nell'inquisizione sopra delitti di maestà[72] ed anche in date

(63) CIC. *orat. part* 34, *pro Sylla* 28, *pro Rosc. Amer.* 41. 42, *pro Cluent.* 63; QUINTIL. V. 4.

(64) PAUL. *sent. rec.* V. 16. § 3; *fr.* 6. pr. D. *de quæst.* (48. 18), *fr.* 27. pr. § 1-5. 15. 16. *fr.* 18. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), c. 3. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9), c. 6. C. *de calumn.* (9. 46).

(65) CIC. *pro rege Deiot.* 1; DIO CASS. LV. 5; TACIT. *ann.* II. 30. III. 67; VOPISC. *Tacit.* 9; PAUL. *sent. rec.* V. 16. § 5-9; *fr.* 1. § 7-16. *fr.* 2. 3. D. *de quæst.* (48. 18).

(66) CIC. *orat. part.* 34, *pro Milone* 22.

(67) *Fr.* 17. D. *de quæst.* (48. 18), *Collat. leg. Mos.* IV. 11; c. 3. 6. 32. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9). Onde gli schiavi durante i due mesi d'accusa del marito e padre non potevano essere manomessi, *fr.* 12. 13. D. *qui et a quib. manum.* (40. 1), c. 3. 36. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9).

(68) *C.* 1. C. *de quæst.* (9. 41).

(69) *Cap.* 6. § 2. *cap.* 7. § 1. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), c. 1. C. *de quæst.* (9. 41).

(70) *Fr.* 39. § 8. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5), *fr.* 4. 5. D. *de quæst.* (48. 18)

(71) *Fr.* 1. § 9. 10. *fr.* 15. D. *de quæst.* (48. 18).

(72) C. 1. 3. C. Th. *de quæst.* (9. 35), AMM. MARC. XXVIII. 1, 24.

circostanze di magia[73], andarono esenti dalla tortura fuorchè le persone di rango, i senatori[74], decurioni[75] e soldati[76]. Ma generalmente la tortura non si doveva applicare che a conforto d'indizi e prove già esistenti[77], e con misura e riguardo[78]. La tortura si dava fuori di tribunale[79] dagli schiavi giustizieri sotto l'ispezione di un membro del tribunale, più tardi del commentariense[80], e le deposizioni si mettevano naturalmente in iscritto per valersene in giudicio. In sufficienza di prove la confessione dell'accusato non era alla condanna necessaria[81].

843. Un grido del precone annunziava la chiusa degl'incumbenti, e i giurati passavano senz'altro alla votazione[82]. Recava questa o condanna o assoluzione, o, non constando a sufficienza della cosa, un'ampliazione, nel qual caso s'imprendeva una seconda istruttoria[83]. Però la *lex Servilia repetundarum* che

(73) *C.* 11. 16. C. *de quæst.* (9. 41).
(74) *Fr.* 3. § 1. D. *de re mil.* (49. 16), *c.* 8. pr. C. *de quæst.* (9. 41).
(75) PAUL. *sent. rec.* v. 29. § 2; *fr.* 10. § 1. D. *de quæst.* (48. 18), *c.* 4. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), AMM. MARC. XXVIII. 1, 10. 11.
(76) *C.* 7 C. *de malefic.* (9. 18).
(77) PAUL. *sent. rec.* v. 14. § 1; *fr.* 1. pr. § 1. *fr.* 10. § 4. *fr.* 18. § 1. 2. D. *de quæst.* (48. 18), *c.* 3. 8. § 1. C. *de quæst.* (9. 41).
(78) *Fr.* 1. § 23. 24. 25. *fr.* 8. 10. § 3. 5. D. *de quæst.* (48. 18).
(79) CIC. *pro Milone* 22.
(80) CIC. *pro Sylla* 28; JOAN. LYDUS *de magistr.* III. 8. 18; *Acta S. Claudii* 1-5.
(81) C. 16. C. *de pœn.* (9. 47).
(82) CIC. *in Verr.* II. 30, (ASCON.) *in Verr.* I. 18. p. 152. Orell.
(83) CIC. *in Verr.* II. 1, 9. Esempi di ampliazione offrono LIV. XLIII. 2; VALER. MAX. VIII. 1, 11; CIC. *Brut.* 22; *in Verr.* II. 1, 29.

introdusse la comperendinazione, più non ammetteva in simili cause un voto di ampliazione[84]. La votazione si faceva segretamente; ma l'accusato, secondo una legge Cornelia, aveva facoltà di dichiarare, se la voleva segreta o palese, e in quest'ultimo caso vi si procedeva in un ordine da designarsi a sorte, il qual uso non ebbe tuttavia lunga durata[85]. Nella votazione segreta ogni giudice riceveva una tavoletta di legno incerata[86], ch'egli segnava con una delle tre lettere[87] e gettava poscia nell'urna a braccio nudo, coprendo la lettera col dito[88]. Dopo la legge Aurelia, forse a norma del prescritto della legge Fufia (A. 695)[89], ognuna delle tre decurie di giudici votava in urna separata[90]; ma i voti si contavano sulle tre in-

(84) Cic. *in Verr.* II. 1, 9. Onde nella sua restituzione della *l. Servilia* c. 13. Klenze ha erroneamente inchiuso l'NL. Ma in altre accuse si poteva tuttora votare per l'ampliazione, *pro Cluent.* 27 (28).

(85) Cic. *pro Cluent.* 19 (20). 27. 28.

(86) Cic. *divin.* 7; *pro Cluent.* 58; *pro Flacco* 39

(87) A (*absolvo*), C (*condemno*), NL (*non liquet*), (Ascon.) *in divin.* 7. *in Verr.* II. 1, 9. p. 108. 164. Orell.

(88) *Fragm. l. Servil.* c. 13; Appian. *de bell. civ.* III. 95. IV. 27. Che ne' tribunali si adoperasse un'urna di terra per votare (*sitella*, *urna*), e non come ne' comizi una cesta (*cista*), lo attesta la legge Servilia, oltre alle monete della gente Cassia riportate da Wunder *variæ lectiones* p. CLXIV., e a Cic. *ad Quint. fr.* II. 6. *in Vatin.* 14. Con ciò resta confutato Wunder, che ai passi di Cicerone dà una storta interpretazione (§ 116. nota 119). Vero è che il falso Asconio *in divin.* 7. p. 108. Orell. nomina la *cista*; ma di ciò a fronte delle testimonianze che si hanno in contrario non è a tener conto.

(89) La legge Fufia era una *lex iudiciaria*, e ciò attestano gli Schol. Bob. *in orat. pro Flacco* 6. p. 235. Orell. Onde quanto Dio Cass. XXXVIII. 8. riferisce del contenuto di questa legge è da applicare non ai comizi, ma ai tribunali

(90) Cic. *ad Quint. fr.* II. 6; Ascon. *in Scaur. c.* 2. *p.* 30; *in Milon.* 35. p. 53. Orell.

sieme[91]. Nella votazione non era lecito discutere[92]. Date le tavolette, il pretore le traeva una per una dall'urna, le leggeva e trasmetteva al giudice a lui più vicino. Secondo la legge Servilia che non ammetteva ampliazione, una tavoletta lasciata in bianco suonava condanna[93]; ma in parità di voti, assoluzione[94]. Se la condanna recava eziandio l'obbligo d'un risarcimento, gli stessi giudici raccolti assieme passavano a conoscere come recuperatori dell'estimazione di lite[95].

814. Nelle provincie le accuse erano egualmente portate nelle forme ora descritte al pretore ed al suo consiglio scelto nel convento: ma il dar sentenza apparteneva, non alla corte giudiziaria, ma unicamente al pretore, che, non è dubbio, teneva conto dell'opinione emessa dalla maggioranza[96]. Il simile si praticò sotto gli imperatori dal prefetto della città e dai governatori, il cui consiglio si componeva a que' tempi degli assessori[97]. Nel senato parimenti si accusava, si difendeva, s'udivano i testimoni e le altre prove nel modo ordinario; il che fatto, si passava alle interpellanze sulla assoluzione o condanna, e si riduceva in voto definitivo un'opinione[98]. La procedura, dopo la caduta delle questioni antiche, era sempre straordi-

(91) Cic. *ad famil.* VIII. 8; *ad Quint. fr.* II. 16.
(92) *Fragm. l. Servil. c.* 12.
(93) *Fragm. l. Servil. c.* 13.
(94) Cic. *ad famil.* VIII. 8. *pro Cluent.* 27.
(95) Vedi § 776. nota 192.
(96) Cic. *in Verr.* II. 1, 29. 30. 2, 29. 30.
(97) Apulei. *Apolog.* p. 377. ed. Oudend., *Acta S. Pionii* 20; *Acta procons. S. Cypriani* 4.
(98) Tacit. *ann.* II. 29. 30. III. 17. 23. 49. 50. 51. 68. 69. IV. 20. 30. XI. 4. XIV. 48. 49. XV. 20; Plinius *epist.* II. 11. 12. III. 9. IV. 9. V. 20. VI. 13. 29. VII. 6. 10.

naria[99]; ma rimaneva il vecchio principio, che l'accusa si avesse ad inscrivere con un libello[100]; dalla quale formalità era solo esente l'accusa di falso che per rescritto di Antonino il giudice poteva ricevere anche oralmente[101]. Quest'eccezione, stata da Costantino confermata[102], indi a poco abolita[103], poi da Graziano ripristinata[104], fu in ultimo cancellata di nuovo da Giustiniano[105]. In alcuni casi però rimase lecito di accusare con una deposizione orale negli atti senza la formalità dell'inscrizione[106], e così ne fu per le donne dove per eccezione si ammettevano ad accusare e pel marito accusatore dell'adulterio[107]. Dopo l'accusa il giudice rendeva un decreto di esibizione[108], che il commentariense faceva eseguire da' suoi sergenti[109]. Costui doveva pure introdurre l'accusato al tribunale[110], e tener gli atti col concorso de' suoi adiutori[111]. Ognuno di regola aveva accesso

(99) *Fr.* 8. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 1. § 3. D. *de pœn.* (48. 19).
(100) *Fr.* 3. pr. *fr.* 7. pr. D. *de accus.* (48. 2), c. 1. C. J. *ad SC. Turpill.* (9. 45), c. 3. C. J. *de his qui accus.* (9. 1), c. 5. 9. C. Th. *de accus.* (9. 1), c. 2. C. J. *de exhib. reis* (9. 3), c. 16. 17. C. J. *de accus.* (9. 2).
(101) *C.* 4. § 1. C. Th. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 19).
(102) *C.* 2. C. Th. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 19).
(103) *C.* 5. C. Th. *de accus.* (9. 1).
(104) *C.* 4. C. Th. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 19).
(105) Ciò si desume dalla forma monca, in cui le citate c. 2. 4. C. Th. *ad l. Cornel. de fals.* sono riportate nel codice, c. 22. 23. C. J. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 22).
(106) *C.* 8. C. *de accus.* (9. 2).
(107) *C.* 12. C. *de his qui accus.* (9. 1), c. 30. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9).
(108) *C.* 3. C. *de exhib. reis* (9. 3), c. 7. C. *de calumn.* (9. 46).
(109) Joan. Lydus *de magistr.* III. 18.
(110) *Acta S. Claud.* 1-5; *S. Marcell.* 3; *S. Crispinæ* 1.
(111) Aster. *episc. de Martyr. S. Euphemiæ* 3; *Acta S. Pionii* 8. 9; *S. Crispinæ* 2.

alle udienze[112]; ma a compilar la sentenza il giudice si ritirava nel Velo[113]. La sentenza si metteva in iscritto, si leggeva dal banco[114] e si riduceva in bello dall'istrumentario[115].

815. Dopochè la prossecuzione dei reati venne posta in mano de' cittadini, la persona dell'accusatore aveva necessitato parecchie disposizioni di legge. Molti per ragion di età, di famiglia, di ceto, del difetto di onori civili e di scarsezza di beni ebbero divieto di accusare[116]. Per ragion di pietà gli schiavi che nel rimanente sotto gl'imperatori furono ammessi ad accusare, non potevano farsi accusatori in causa capitale dei loro padroni[117], nè i manomessi del loro patrono[118], se pur si eccettua il delitto di maestà[119]. Oltrecciò due accuse non erano contemporaneamente ammesse[120], e se amendue già erano intentate, non si dava seguito che alla più grave[121]. Il dare accusa era tenuto come un servizio reso alla cosa pubblica; onde

(112) *C.* 9. C. Th. *de off. rector.* (1. 16).
(113) Basilii M. *epist.* 79. *ad Eustathium, Acta S. Eupli* 1.3.
(114) *Acta S. Scillitan.* 5; *S. Pionii* 20; *S. Cyprian.* 4; *S. Maximil.* 3; *S. Agapæ* 6; *S. Eupli* 3; *S. Crispinæ* 2.
(115) Joan. Lydus *de magistr.* iii. 19.
(116) Cic. *pro Cluent.* 43; *fr.* 1. 2. 4. 8. 9. 10. 11. pr. D. *de accus.* (48. 2), *Collat. leg. Mos.* iv. 5; c. 5. 8. 9. 12. C. *de his qui accus.* (9. 1).
(117) Plinius *paneg.* 42; Capitol. *Pertin.* 9; Paul. *sent. rec.* v. 13. § 3; *fr.* 1. § 16. D. *de quæst.* (28. 18), Constantin. *edict. de accusat.* (Savigny *Zeitschrift* ix. 60. 74) ossia c. *un.* § 1. C. Th. *ad l. Jul. maiest.* (9. 5), c. 2. 3. C. Th. *ne præter crim. maiest.* (9. 6), c. 20. C. *de his qui accus.* (9. 1), c. 6 C. *de delat.* (10. 11).
(118) C. 1. 4. C. Th. *ne præter crim. maiest.* (9. 9), c. 21. C. *de his qui accus.* (9. 1).
(119) *Fr.* 7. pr. § 1. 2. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4).
(120) *Fr.* 8. 12. § 2. D. *de accus.* (48. 2).
(121) *C.* 1. 19 C. *de his qui accus.* (9. 1).

già la repubblica premiava il felice successo di un' accusa d'ambito, e più tardi le ricompense furono accresciute[122]. Ma d'altro canto si cercava pure ogni mezzo per impedire le accuse maligne. A ciò mirava primieramente il giuramento contro calunnia, che l'accusatore doveva prestare[123]. Inoltre la legge Remmia d'incerta età indisse pene a quelli che in un' accusa penale venivano trovati calunniatori[124], e fra tali pene v'era quella del marchio infuocato di un K sulla fronte[125]. Trajano sostituì a questa la pena che in caso di condanna l'accusato avrebbe dovuto subire[126]; e la sottoscrizione dell'atto d'accusa fu in allora considerata come una tacita sottomissione a tal precetto[127]. Riconosciuta falsa un'accusa di lesa maestà, l'accusatore doveva inoltre essere torturato affinchè denunziasse per avventura i suoi istigatori[128]. L'accusa calunniosa di un delitto straordinario si puniva con pena straordinaria[129]. Ma ogni accusa non

(122) Tacit. *ann.* iv. 20 30; Sueton. *Tiber.* 61; Dio Cass. lviii. 14; Joseph. *ant. iud.* xix. 1, 16; *c.* 5. § 7. C. *ad l. Jul. maiest.* (9. 8), *c.* 2. C. *de falsa monet.* (9. 24).

(123) *Fragm. l. Servil. c.* 8; Cic. *ad famil.* viii. 8. § 3; Ascon. *in Cornel.* p. 64. Orell.

(124) Cic. *pro Rosc. Amer.* 19. *ibiq. Schol.* Gronov. p. 431. Orell., *fr.* 1. pr. § 1. 2. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *fr.* 13. D. *de testib.* (22. 5).

(125) Cic. *pro Rosc. Amer.* 20. *ibiq. Schol.* Gronov. p. 432. Orell.

(126) Plinius *paneg.* 35. Lo contende Geib *Criminalprocess* p. 294. 579; ma senza motivo plausibile.

(127) *Fr.* 7. pr. D. *de accus.* (48. 2), *c.* 9. 11. 14. 19. C. Th. *de accus.* (9. 1), *c.* 17. C. J. *de accus.* (9. 2), Symmach. *epist.* x. 70.

(128) Constantin. *edict. de accusat.* (Savigny. *Zeitschr.* ix. 65). A norma di questo si vogliono correggere *c. un.* pr. C. Th. *ad l. Jul. maiest.* (9. 5), *c.* 3. C. J. *eod.* (9. 8).

(129) *Fr.* 3. § 3. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), Paul. *sent. rec.* i. 5. § 2. v. 3. § 11.

provata non si reputava perciò calunnia[130], ed era questo un punto su cui i giudici dovevano pronunziare a parte[131]. Ancora, vi erano accuse nel dar le quali non si correva rischio di pena[132].

816. Dalle disposizioni ora indicate procedeva quest'altra, che l'accusa intentata voleva essere sostenuta sino al fine. L'accusatore doveva di ciò prestar cauzione[133]; anzi pure, se il suo ceto nol francava, era messo in carcere coll'accusato[134], e se tergiversava ossia desisteva di proprio arbitrio dall'accusa, lo si puniva in conformità del senatoconsulto Turpilliano[135], reso sotto Nerone[136]. Per la qual cosa ei non poteva legalmente recedere dall'accusa, che domandandone l'abolizione in giudizio[137]; la quale per lo più si ac-

(130) *Fr.* 1. § 3-5. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *c.* 3. C. *de calumn.* (9. 46).

(131) Ascon. *in Scaurian.* in fin. p. 30. Orell., *c.* 1. C. *de calumn.* (9. 46). Questo *iudicium calumniæ* non era un *publicum iudicium*, *fr.* 43. § 11. D. *de rit. nupt.* (23. 2); ma rendeva cionullameno infame, *fr.* 1. 4. § 4. D. *de his qui not.* (3. 2).

(132) *Fr.* 15. § 2. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *c.* 2. 4. C. *de calumn.* (9. 46). Sono in qualche contraddizione *Collat. leg. Mos.* IV. 4, e *fr.* 37. § 1. D. *de minor.* (4. 4) con *fr.* 14. § 3. *fr.* 30. pr. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5).

(133) *Fr.* 7. § 1. D. *de accus.* (48. 2), *c.* 3. C. *de his qui accus.* (9. 1), *c.* 1. 2. C. *ad SC. Turpill* (9. 2).

(134) *C.* 17. C. *de accus.* (9. 2), *c.* 2. C. *de exhib. reor.* (9. 3).

(135) Tacit. *ann.* XIV. 41.

(136) *Fr.* 14. § 2. D. *de bon. libert.* (38. 2), *fr.* 1. § 1. 7. 9. 10. *fr.* 7. § 1. *fr.* 15. § 1. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *c.* 1. C. *ad SC. Turpill.* (9. 45). Sopra le pene vedi *fr.* 3. § 3. D. *de prævar.* (47. 15), *c.* 3. C. *de his qui accus.* (9. 1), *c.* 2. C. *ad SC. Turpill.* (9. 45).

(137) Paul. *sent. rec.* V. 17. § 1; *fr.* 1. § 8. *fr.* 10. pr. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *c.* 2. C. *de abolit.* (9. 42), *c.* 16. C. *ad l. Jul. de adult.* (9. 9).

cordava sul semplice non dissenso dell'accusato, ma in certi casi neanche a tal patto[138]. L'obbligazione però dell'accusatore cessava per morte od impedimento sopraggiuntogli, e l'accusato poteva in tali casi fare istanza egli stesso per l'abolizione dell'accusa[139]. Talvolta ancora in fauste occorrenze pubbliche si promulgava un'abolizione generale[140]; ma essa rifletteva l'interesse dell'accusatore, poichè in primo luogo per lo spazio di trenta giorni egli aveva ancora la facoltà di ripigliare l'accusa, nè la perdeva che col decorso di questo termine[141]. Finalmente la legge stavasi pure attenta ad impedire la prevaricazione dell' accusatore[142]. Ed a questo caso il senatoconsulto Turpilliano applicava la stessa pena dell'accusa calunniosa[143]; la quale disposizione si mantenne per non breve tempo quasi intiera[144].

817. Per ciò che riflette la persona dell'accusato, i maestrati in carica, per un riguardo al pubblico servizio, non potevano mettersi in accusa, ma l'istruttoria doveva prorogarsi fino al termine del loro ufficio, sal-

(138) *Fr.* 18. § 1. 2. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), c. 2. 3. 4. C. Th. *de abolit.* (9. 37), c. 3. C. J *de abolit.* (9. 42).
(139) *Fr.* 10. pr. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *fr.* 3. § 4. D. *de accus.* (48. 2).
(140) *Fr.* 8. 9. 12. 17. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16).
(141) Paul. *sent. rec.* v. 17. § 2; *fr.* 7. § 1. *fr.* 10. § 2. *fr.* 15. § 6. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16).
(142) *Fr.* 1. § 1. 6. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *fr.* 1. D. *de prævar.* (47. 15).
(143) Tacit. *ann.* xiv. 41.
(144) *Fr.* 2. 4. 6. D. *de prævar.* (47. 15), *fr.* 1. 4. § 4. D. *de his qui not.* (3. 2), *fr.* 43. § 11. D. *de rit. nupt.* (23. 2), *fr.* 4. D. *de accus.* (48. 2).
(145) Dionys. x. 39. 50; *fragm. l. Servil.* c. 3; Cic. *de finib.* ii. 16; Dio Cass. lv. 10; Tacit. *ann.* xiii. 44; *fr.* 12. pr. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 38. § 10. D. *ad l. Jul. de adult.* (48. 5). Il caso riferito da Valer. Max. vi. 1, 7. fu cosa straordinaria.

vochè essi medesimi permettessero l'accusa[146], o abdicassero[147], o fossero da imperiose circostanze costretti ad abdicare[148]. Gli schiavi si accusavano a norma di un senatoconsulto dell'anno 775 nelle forme comuni[149], per iscrizione[150]. La comparizione in persona era in massima tanto alla difesa che all'accusa indispensabile[151]. Ne' primi tempi l'accusato era messo in carcere sol quando atroce ed evidente[152] o confessato fosse il reato[153]; bastando negli altri casi una malleveria[154], o la detenzione senza vincoli nella casa di un maestrato[155]. Ma più tardi col decreto di esibizione s'introdusse pure la detenzione personale[156]; nè l'accusato s'ebbe altro beneficio che di ottenere, volendo, lo spazio di trenta giorni almeno per dar sesto ai proprii affari, e di essere in questo intervallo soggetto ad arresto men duro[157]. Nei reati gravi e manifesti le autorità locali potevano eziandio senza decreto di esibizione sostenere il reo che fosse

(146) Liv. XLIII. 16.
(147) Liv. IX. 26; Dio Cass. LVII. 21.
(148) Cic. *in Catil.* III. 6; Dio Cass. LIX. 23. LX. 15.
(149) *Fr.* 12. § 3. 4. D. *de accus.* (48. 2).
(150) C. 14. C. *de accus.* (9. 1), *c.* 2. 13. C. J. *de accus.* (9. 2).
(151) Paul. *sent. rec.* V. 16. § 11; *fr.* 13. § 1. D. *de publ. iudic.* (48. 1), *fr.* 1. D. *an per alium* (49. 9), *c.* 3. C. *de accus.* (9. 2). Un'eccezione fu ancora quella della *c.* 11. C. *de iniur.* (9. 35), § 10. J. *de iniur.* (4. 4).
(152) Liv. XXIX. 19. XXXIX. 17; Valer. Max. VI. 1, 10; Cic. *in Catil.* II. 12; Sueton. *Nero* 26.
(153) Cic. *ad Att.* II. 24.
(154) Festus *v. Vades*, *fragm. l. Servil. c.* 11. Vedi anche nota 12.
(155) *Custodia libera*, Liv. XXIV. 45; Sallust. *Catil.* 47; Tacit. *ann.* VI. 3; Dio Cass. LVIII. 3; *Acta procons. S. Cyprian.* 2.
(156) Segna l'eccezione la c. 1. C. Th. *de exhib. reis* (9. 2).
(157) C. 3. 6. C. Th. *de exhib. reis* (9. 2), c. 2. C. J. *eod.* (9. 3).

tratto innanzi loro, ma dovevano senza indugio inviarlo al governatore congiuntamente agli accusatori ed al loro verbale [158]. La detenzione del reo si operava ad arbitrio del governatore in tre modi: per via di cauzione, sotto guardia militare e per incarceramento [159]. La guardia militare poteva essere mite [160], e severissima [161]. Qualche volta in luogo dei soldati s'adoperavano in tal bisogna gli schiavi pubblici della città [162]. Nel carcere l'accusato era senza ceppi [163], salvo che fosse inquisito di grave delitto, ed anche in questo caso lo si trattava umanamente [164]. I rei confessi e condannati erano naturalmente trattati con più riguardo [165].

818. L'ispezione delle carceri si esercitava in Roma dai treviri sulle cose capitali coll'aiuto degli schiavi loro addetti [166], nelle provincie dal dicastero del pretore; e dei carcerati si teneva esatto registro [167]. Più tardi le carceri furono poste sotto la vigilanza del commentariense, cui pure furono subordinati i

(158) *Fr.* 6. D. *de custod. reor.* (48. 3), *c.* 5. C. Th. *de exhib. reis* (9. 2), *c.* 7. C. *de defens.* (1. 55), *Acta S. Jacob.* 4. 5. 9, *S. Claud.* 1; *S. Felic.* 3; *S. Didym.* 1.

(159) *Fr.* 1. 2. pr. *fr.* 3. 4. D. *de custod. reor.* (48. 3).

(160) *Acta Apost.* XXVIII. 16.

(161) S. IGNAT. *ad Roman.* 5; SENECA *de tranquill.* I. 10; SYMMACH. *epist.* X. 70.

(162) PLINIUS *epist.* X. 30. 31.

(163) C. 2. C. *de exhib. reis* (9. 3).

(164) *Acta S. Felic.* 4; *c.* 1. C. *de custod. reor.* (9. 4).

(165) *Fr.* 5. D. *de custod. reor.* (48. 3), *fr.* 4. pr. D. *ad l. Jul. maiest.* (48. 4), *fr.* 6. § 7. D. *de iniusto* (28. 3), *c.* 2. C. *de exhib. reis* (9. 3).

(166) *Fr.* 2. § 30. D. *de orig. iur.* (1. 2), LIVIUS XXXII. 26; VALER. MAX. V. 4, 7.

(167) CIC. *in Verr.* V. 57.

bargelli e chiavettaj[168]. Egli doveva dare dei ditenuti un mensile ragguaglio, e curare l'osservanza delle regole rispettivamente miti di reclusione[169]. Nell'ispezione delle carceri avevano però anche parte i vescovi[170].

819. Emanata la sentenza, ell'era, se non si tentava o non si ammetteva amminicolo in contrario, eseguita colla massima celerità[171]. Solo ne andavano eccettuate le sentenze di morte del senato e quelle di pena grave pronunciate dallo imperatore; nelle prime delle quali si soprassedeva all'esecuzione per dieci giorni[172], e nelle seconde per trenta[173]. All'esecuzione provvedevano ne' primi tempi i questori parricidarii[174], in appresso i tre viri coll'opera dei loro schiavi giustizieri[175], e ne' casi illustri un questore, tribuno, pretore od anche console giusta le vecchie forme[176]; più tardi il prefetto de' soldati di guardia od il pretore del popolo[177]. Fuori delle due metropoli provvedeva a simile bisogna un centurione comandato dal preside[178]; più tardi il commentariense[179].

(168) *C.* 5. § 1. C. Th. *de iis quæ admin.* (8. 15), Joan. Lydus III. 8.

(169) *C.* 4. 5. C. *de custod. reor.* (9. 4), *c.* 9. C. *de episc aud.* (1. 4).

(170) *C.* 9. 22. C. *de episc. aud.* (1. 4).

(171) *C.* 5. C. *de custod. reor.* (9. 4).

(172) Dio Cass. LVII. 20; Sueton. *Tiber.* 75; Tacit. *ann.* III. 51.

(173) *C.* 20. C. *de pœn.* (9. 47).

(174) Dionys. VIII. 78.

(175) *Fr.* 2. § 30. D. *de orig. iur.* (1. 2), Valer. Max. V. 4. 7. VIII. 4. 2; Sallust. *Catil.* 55; Tacit. *ann.* V. 9.

(176) Liv. II. 5. VI. 20; Dio Cass. LVIII. 3. 4. 15. LX. 18. Tacit. *ann.* II. 32.

(177) *Nov.* Just. 13. *c.* 6. pr.

(178) *Ev.* Marc. XV. 39. 44. 45; *Passio S. Cyprian.* 18.

(179) *Acta S. Pionii* 21; *S. Claud.* 3.

L'esecuzione per decollazione apparteneva ad un littore[180], e quella in forma più ignominiosa al boia, che giusta le leggi censorie non poteva abitare in città[181]. Più tardi questo servizio si fornì da persona militare, che si chiamò Speculatore[182]. Il luogo destinato alle pubbliche esecuzioni era alle porte[183], in sito apposito, di proprietà della città[184]. Il cadavere si lasciava a pascolo delle bestie o si gettava nell'acqua[185], ma per l'ordinario più tardi si consegnava ai parenti sopra loro domanda perchè ci dessero sepoltura[186]. I piccioli effetti che il giustiziato aveva sopra di se[187] si devolvevano ad una cassa apposita presso il preside. Se la sentenza recava una pena pecuniaria, il colpevole doveva dar sigurtà all'erario o andar prigione[188]; e non effettuandosi il pagamento, i questori erano immessi nel possesso di tutti i suoi beni[189]. In questi ed altri casi, in cui i beni d'un condannato si vendevano di autorità dello Stato, la vendita era governata dai principî sullo scorporo (*sectio*)[190].

820. L'accusato aveva una franchigia od ammi-

(180) Liv. II. 5; Cic. *in Verr.* V. 45.
(181) Cic. *pro Rabir.* 4. 5; Cic. *in Verr.* V. 6; Lactant. *divin. inst.* IV. 26.
(182) *Ev.* Marc. VI. 27; Seneca *de ira* I. 16; Dio Cass. LXXVIII. 14; *Acta procons. S. Cyprian.* 5; *Acta S. Claud.* 3. 5.
(183) Liv. VIII. 15; Tacit. *ann.* II. 32; Plutarch. *Galba* 28.
(184) Aggenus *de controv. agror.* ed. Goes. p. 73.
(185) Cic. *in Verr.* V. 45; Valer. Max. VI. 3, 3; Dio Cass. LVIII. 1. 5. LX. 35; Sueton. *Tiber.* 61; *Acta S. Claud.* 3. 4. 5.
(186) *Fr.* 1. 2. 3. D. *de cadav. punit.* (48. 24).
(187) *Pannicularia, fr.* 6. D. *de bon. damnat.* (48. 20).
(188) Liv. XXXVIII. 58. 60; Gellius VII. 19.
(189) Liv. XXXVIII. 60; *lex* (*Acilia repetund.*) lin. 8. 9. (Haubold *monum.* p. 75), *fragm. l. Servil.* c. 17. 19. 20; Tacit. *ann.* XIII. 28.
(190) Vedi § 722.

nicolo nel diritto di provocazione al popolo, quando questo era ammesso[191], e nell'appellazione ai tribuni[192]. Costoro potevano essere da bel principio chiamati in aiuto contro l'accusa o la conclusione penale[193]; nel qual caso, tenuto prima consiglio nel loro collegio, redigevano a pluralità di voti un solenne decreto[194]. Dalle questioni siccome commissioni create dal popolo e sue rappresentanti non si deva più appello al popolo[195]. Col governo imperiale le appellazioni passarono al principe[196]; ed in ultimo furono in tutta regola ammesse le appellazioni alle autorità superiori[197], sotto condizioni e forme non punto diverse da quelle servate nelle cause civili[198]. Pel condannato poteva eziandio appellare un terzo qualunque[199]. Eranvi tuttavia certi gravi delitti, in cui stante l'aperta confessione o prova unanime non si dava respiro, per appellazione, alla pena[200]. La remissione della pena in via di grazia già occorre a tempo della

(191) Vedi § 793.
(192) Liv. XXXVIII. 58. 60.
(193) Liv. XXVI. 3; Cic. *in Vatin.* 14.
(194) Zonaras VII. 15; Gellius VII. 19; Liv. XXVI. 3. XXXVIII. 60.
(195) A questa proposizione è apparentemente contrario il solo Cic. *Philipp.* I. 9. Ma vedi sopra questo passo Geib *Criminalprocess* p. 387-391.
(196) Vedi § 331. 802.
(197) *C.* 20. 57. 58. 61. C. Th. *de appell.* (11. 30), *c.* 29. C. *eod.* (7. 62).
(198) *C.* 6. § 3. *c.* 12. C. *de appell.* (7. 62), *c.* 7. C. *quor. appell.* (7. 65).
(199) *Fr.* 6. D *de appell.* (49. 1), *fr.* 2. § 1. 3. D. *quando appell.* (49. 4).
(200) *Fr.* 16. D. *de appell.* (49. 1) — C. 1. 4. 7. 31. 33. C. Th. *quor. appell.* (11. 36), *c.* 15. C. Th. *de pœn.* (9. 40), *c.* 1. C. Th. *ad l. Jul. de vi* (9. 10), *c.* 1. § 3. C. Th. *de rapt.* (9. 24) — *C.* 2. C. J. *quor. appell.* (7. 65), *c.* 6. C. *ad l. Jul. de vi* (9. 12), *c.* 1. pr. C. *de rapt. virg.* (9. 13).

repubblica nel richiamo dall'esilio per decreto popolare[201]; e questo diritto competeva forse allo stesso tribunale che aveva pronunciato la sentenza[202]. Sotto gl'imperatori si ha esempio di una doppia remissione[203]: di indulgenze cioè che l'imperatore compartiva in un dato caso o per tutta una qualità di delitti, mercè cui o non si proponeva la pena in causa già discussa, o si sopprimeva l'inchiesta in causa ancora accesa[204]; e della restituzione con cui delitto e sentenza erano cassati, e il graziato si riduceva al suo stato primitivo[205].

821. Il procedimento accusatorio finora descritto non escludeva pel rimanente ogni azione del governo ad inquisire e punire di propria autorità i delitti. L'intervento del medesimo si appalesa fin dai primi tempi nelle occorrenze straordinarie, dove a proposta del popolo o del senato s'inquisiva sugli autori d'un delitto fatto di pubblica notizia. Quivi pertanto il procedimento assumeva un carattere inquisitorio. Promettevansi premi ai delatori[206], decretavansi arresti sopra indizi, spiccavansi citazioni, tenevansi interrogatorii e si dava sentenza[207]. Un simile potere spiegava nella provincia il governatore contro i tristi

(201) Liv. v. 46. Così avvenne segnatamente di Cicerone, Plutarch. *Cicero* 33; Dio Cass. xxxix. 8.
(202) Valer. Max. v. 4, 7.
(203) Vedi Plochmann *das Begnadigungsrecht* (Erlangen 1845) § 8.
(204) C. 9. C. *ad l. Cornel. de fals.* (9. 22), c. 2. 5. 7. 9. C. *de sentent. pass.* (9. 51), c. 3. C. *de gener. abolit.* (9. 43), *tit.* C. Th. *de indulgent. crimin.* (9. 38).
(205) *Fr.* 27. pr. D. *de pœn.* (48. 19), c. 1. C. *de sentent. pass.* (9. 51), *fr.* 1. D. *de sentent. pass.* (48. 23).
(206) Liv. xxxix. 14. 17; Dio Cass. lv. 27.
(207) Liv. viii. 18. xxxii. 26. xxxix. 14. 17. 18. 29. 41. xl. 43.

dannosi alla pubblica sicurezza[208], e nell' Oriente gl'Irenarchi dovevano attendere di proposito a cotal bisogna[209]. Sotto quest'aspetto specialmente si procedette contro i Cristiani[210]. Ed a questo sistema di procedimento si connettono le disposizioni sopra gl'*indices* e i *quadruplatores*. Pei primi s'intendevano particolarmente i complici che davano le indicazioni della trama; ed a costoro in certi delitti era assicurata l'impunità[211]. I quadruplatori per contro, da quanto ci è dato sapere, alludevano ai premi promessi in dati casi ai delatori sulle sostanze del condannato[212]. Più in là sotto l'impero divenne massima generale, che il dicastero medesimo[213] e gli agenti di polizia stazionati per l'impero[214] potessero denunciare i reati. In questi casi la formalità dell'iscrizione non era necessaria[215]; non pertanto i delatori dovevano sostenere le loro denuncie[216].

(208) *Fr.* 3. 13. D. *de off. præsid.* (1. 18), *fr.* 4. § 2. D. *ad l. Jul. pecul.* (48. 13), *fr.* 6. § 1. D. *de custod. reor.* (48. 3), *fr.* 22. D. *de quæst.* (48. 18).

(209) *Fr.* 6. pr. D. *de custod. reor.* (48. 3), *Epist. eccles. Smyrn. de martyrio S. Policarpi* 6; *Acta S. Tryphon.* 1. Cfr. § 296.

(210) *Acta S. Justin.* 1-5; *S. Pionii* 3. 10; *S. Tryphon.* 1; *S. Cyprian.* 1. 2. 3; *S. Jacob.* 2; *S. Saturnin.* 2; PLINIUS *epist.* x. 97. 98.

(211) (ASCON.) *in divin.* 11. p. 114 Orell.

(212) (ASCON.) *in divin.* 7. *in Verr.* II. 7. p. 110. 208; FESTUS *v. Quadruplatores*. Altro non se ne può sapere. Vedi GEIB *Criminalprocess* p 104-107. 257. 533

(213) *C.* 7. C. *de accus.* (9. 2). *c. un.* C. *de mulier.* (9. 11).

(214) *Curiosi*, *Stationarii*, LIBAN. *in Julian. imp. necem* p. 294. 295. ed. Morell.; S. AUGUST. *epist.* 159. 160; *c.* 31. C. Th. *de episc.* (16. 2). Cfr. sopra costoro § 343. nota 56. 65.

(215) *C.* 7. C. *de accus.* (9. 2), *c.* 1. *init.* C. *de custod. reor* (9. 4), *c* 61. C. Th. *de appell.* (11. 30). Si poteva però accusare formalmente, SYMMACH. *epist.* x. 70.

(216) *Fr.* 6. § 3. D. *ad SC. Turpill.* (48. 16), *c.* 1. C. *de curios.* (12. 23).

822. Della procedura penale rimane infine ad esaminare quella parte che si riferiva ai reati minori. Le punizioni e ammende che un maestrato reputava necessarie al sostegno della propria autorità si decretavano (*dictare*) senza apparato processuale, e le ammende si mettevano prontamente ad effetto col mezzo del sequestro [217]. Il danaro si devolveva fuori dubbio all'erario sacrifiziale [218]. Le multe che le leggi comminavano esplicitamente ad un atto si chiedevano appo il pretore, e sopra tale inchiesta si davano recuperatori [219]. La riscossione si promoveva eziandio per oppignorazione [220], o in caso di necessità per immissione nei beni [221] a nome dell'erario o del tesoro sacrifiziale [222]. Nelle provincie il preside aveva mandato generale d'inquisire e punire i piccioli reati in via sommaria [223]. Tanto maggiormente nelle cause di poca entità che si agitavano dinanzi ai maestrati od ai difensori si accusava senza la formalità dell'iscrizione [224].

(217) *Lex Quinctia de aquæduct.* (HAUBOLD *monum.* p. 175. 176).

(218) Quinci il *multæ sacramentum* di CIC. *de re publ.* II. 35; sotto il qual nome non si dee certo intendere, come molti fanno, l'azion di legge.

(219) *Lex* (*Acilia repet.*) lin. 7. 8. (HAUBOLD *monum.* p. 75), *Lex de magistr. aquar.* (HAUBOLD p. 178).

(220) *Lex Quinctia de aquæduct.* (HAUBOLD p. 175).

(221) *Lex* (*Acilia repet.*) lin. 9. (HAUBOLD p. 75).

(222) *Fragm. plebisc. antiq.* lin. 5. 6. (HAUBOLD p. 83).

(223) *Fr.* 6. D. *de accus.* (48. 2), *fr.* 9. § 3. D. *de off. procons.* (1. 16), *fr.* 8. § 10. D. *ad SC. Turpill.* (48. 18).

(224) *C.* 8. C. Th. *de iurisd.* (2. 1), c. 1. C. *de abig.* (9. 37).

FINE DEL LIBRO QUINTO ED ULTIMO.

INDICE GENERALE

I numeri si riferiscono ai paragrafi.
I §§ 1 — 401 fanno parte del volume primo;
i §§. 402 — 822 del volume secondo.



PREZZO DELLA PRESENTE PUNTATA
di pagine 550

Per gli associati alla Serie, cioè per
24 volumi, in ragione di 75 cent. ogni
100 pagine, vale . . . . L. 4, 12.

Pergli acquisitori delle Opere staccate,
in ragione di 1 cent. per pag. . » 5, .50

Gli associati alla Raccolta che amassero avere i volumi legati in cartone, pagheranno, oltre al prezzo sovra fissato, 30 centesimi per volume.





